UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI CRITIQUE

SUR

LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES EN PARTICIPATION

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Vendredi, 24 février 1911, à 1 heure et demie du soir

PAR

Paul GUIDOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

Président : M. BAILLY, *doyen*

Suffragants : MM. E. GAUDEMET, *professeur*
HUGUENEY, *agrégé*

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, Rue Paul-Cabet, 13

1911

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI CRITIQUE

SUR

LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES EN PARTICIPATION

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Vendredi, 24 février 1911, à 1 heure et demie du soir

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PAR

Paul GUIDOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

Président : M. BAILLY, *doyen*

Suffragants : MM. E. GAUDEMET, *professeur*
HUGUENEY, *agrégé*

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, Rue Paul-Cabet, 13

1911

BIBLIOGRAPHIE (1)

Ouvrages et Traités le plus souvent cités :

Arthuys, Traité des sociétés commerciales ; Paris, Larose et Tenin, 1906.

Baudry-Lacantinerie et Wahl, De la société, du prêt, du dépôt ; 1898, 2e éd.

Besson, Traité pratique de la taxe de 4 0/0 sur le revenu.

Cellérier, Étude sur les sociétés anonymes en France et dans les pays voisins ; Paris, Larose et Tenin, 1905.

Demante, Principes de l'enregistrement ; 4e éd., Paris, 1888-90.

Guillouard, Traité du contrat de société ; Paris, 1891.

Guyot, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile et criminelle, canonique et bénéficiale ; Paris, Visse, 1784-85.

Houpin, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales ; 3e éd., Paris, Larose, 1899.

Lecouturier, Traité des parts de fondateur; Paris, Larose, 1903.

Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial ; 1901, 6e éd.

Naquet, Traité des droits d'enregistrement, 2e éd., Paris, 1899.

De Pelsmæker, Des associations commerciales en partici-

(1) Nous n'avons pas établi là, une bibliographie complète sur la matière ; nous nous sommes contentés d'indiquer les principaux ouvrages et articles auxquels nous avons eu recours. Les manuels de droit commercial et le répertoire de Fuzier-Hermann fourniront aisément les renseignements complémentaires.

pation et des syndicats financiers ; Paris, A. Pedone, 1904.

Pic, Des sociétés commerciales ; Paris, Rousseau, 1908.

Pothier, Traité du contrat de société.

Pottier, Étude sur les sociétés anonymes.

Pont, Commentaire traité des sociétés civiles et commerciales ; Paris, Delamotte, 1880-86.

G. Poulle, Traité théorique et pratique des associations en participation ; Paris, 1887.

Rousseau, Des sociétés commerciales françaises et étrangères, 1902.

Saleilles, De la personnalité juridique ; Paris, Rousseau, 1910.

Savary, Le parfait négociant.

H. Tanquerey, De l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ; thèse, Paris, 1887.

Thaller, Traité de droit commercial ; 1904, 3e éd.

J. Vavasseur, L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières; thèse, Paris, 1887.

Vavasseur, Traité des sociétés civiles et commerciales ; Paris, Marchal, 1897.

Wahl, Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières ; Paris, A. Rousseau, 1909.

DISSERTATIONS

Bonnecasse, De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation, *Annales de droit commercial*, 1908, 5 et s.

J. Hémard, Note sous Cassation, 23 octobre 1906 (S., 1908, I, 177).

E. Mack, Commandite ou participation ? *Revue des sociétés*, 1907, 147 ; Exposé d'un projet de loi sur les associations en participation, *Revue des sociétés*, 1909, 82.

Lacour, Notes sous Paris, 8 janvier 1900 (D., 1902, II, 105) et sous Paris, 27 juin 1905, 9 janvier 1907 et Tribunal correctionnel de la Seine, 19 mars 1907 (D., 1908, II, 393).

Pic, Note sous Cour de Paris (D., 1896, II, 481).

Percerou, Des syndicats de producteurs, *Annales de droit commercial*, 1897, 271.

Ripert, Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation, *Annales de droit commercial*, 1905, 53.

Saleilles, Histoire de la commandite, *Annales de droit commercial*, années 1895 et 1897.

Thaller, Des emplois abusifs de la forme d'association en participation, *Annales de droit commercial*, 1896, 398.

Testoud, Impôt sur le revenu et société en participation, *Revue critique*, 1887, 79.

A. Vavasseur, Enregistrement. Droit gradué. Association en participation et Syndicats, *Revue des sociétés*, 1892, 368.

REVUES ET RÉPERTOIRES
ABRÉVIATIONS LES PLUS USITÉES

A. C. Annales de droit commercial.
D. E. Dictionnaire d'Enregistrement.
F.-H. Fuzier-Hermann, Répertoire général alphabétique du droit français.
Gaz. Pal. Gazette du Palais.
Gaz. Trib. Gazette des Tribunaux.
J. E. Journal de l'Enregistrement.
J. S. Journal des sociétés.
J. Trib. Com. Journal des Tribunaux de commerce.
R. Crit. Revue critique.
R. E., Garnier, Répertoire général et raisonné de l'enregistrement, 1901, 1903.
R. P., Répertoire périodique d'Enregistrement.
R. S. Revue des sociétés.
T. A. Maguéro, Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, 1897-1902.

En tête de cette étude, je tiens à adresser un hommage de profonde gratitude à tous ceux qui ont bien voulu m'éclairer de leurs conseils : à M. le Doyen BAILLY, de l'Université de Dijon ; M. le Professeur PERCEROU, de l'Université de Paris ; M. LAFON, avocat à la Cour d'appel de Dijon et tous les praticiens, agréés, secrétaires d'agréés, avocats, notaires, avocats-conseils, directeurs de contentieux, administrateurs et liquidateurs de sociétés dont l'aimable empressement à mettre leur compétence à ma disposition facilita et allégea ma tâche.

INTRODUCTION

Au début d'un traité sur les Sociétés commerciales, et comme préambule à l'étude historique de la matière, il semble tout indiqué de s'attarder complaisamment en de vagues et longues digressions métaphysiques sur l'instinct d'association et son évolution chez l'espèce humaine.

Qu'il nous soit cependant permis de passer outre et de ne pas nous arrêter à ces interminables dissertations, plus ou moins imitées du *Contrat social* ; ceux que peut intéresser la métaphysique juridique, nous les renverrons à Rousseau, et, avec M. Pic (1), sans apporter d'ailleurs les preuves historiques de notre prétention, preuves que nous croyons superflues, peut-être, pour un ouvrage d'aussi mince envergure, nous nous bornerons à poser en principe, purement et simplement, que de tout temps, les hommes prati-

(1) Pic, *Traité des sociétés commerciales*, 1909.

quèrent le commerce sous les deux formes, individuelle et sociale.

Même dans la plus haute antiquité, dans les plus lointaines civilisations, syriaques ou chaldéennes, les hommes connurent les avantages de l'une et de l'autre, l'indépendance de la première et la force de la seconde dans les grandes entreprises ; sans rechercher aussi loin et pour ne pas faillir à l'habitude classique de remonter au droit romain, sans d'ailleurs en déduire quelque filiation historique que ce soit pour notre sujet, il nous suffira de constater avec les prudents de l'époque classique, dans le titre « Pro socio » au Digeste, « l'antithèse entre le contrat de société basé sur la notion de confraternité et de coopération commune et les autres contrats essentiellement égoïstes comme la vente, le louage et le prêt (1) », antithèse déjà très nettement marquée à l'époque romaine, antithèse qui subsiste encore de nos jours, et nous n'en voulons d'autre preuve que l'expérience journalière.

Mais ces deux formes de faire le commerce, directement opposées, l'une impliquant chez une seule personne la réunion du capital et de la direction de l'entreprise, l'autre impliquant au contraire séparation de ces deux éléments, chacun d'eux étant constitué par deux individus ou

(1) Pic, *op. cit.*, page 107.

deux catégories différentes d'individus, ces deux formes ont-elles toujours eu et ont-elles conservé de nos jours une importance égale au point de vue économique ?

Non, et l'antithèse entre elles est loin d'être aussi marquée qu'autrefois en faveur de la première et au détriment de la seconde.

Sans doute, le commerce individuel subsiste encore aujourd'hui et a conservé une très grande vitalité, surtout si on ne considère la société en nom collectif que comme une forme perfectionnée du commerce individuel, ce qu'elle est en réalité, cette société, à la différence de la société anonyme et de la commandite, impliquant chez ses associés la réunion des deux éléments capital et travail ; mais, et il serait téméraire de le nier, toute l'évolution commerciale et industrielle, correspond, ailleurs comme en France, à un développement de plus en plus grand de la forme sociale où les deux éléments capital et travail sont nettement différenciés par deux masses distinctes d'associés.

Autrefois, au cours du Moyen Age, au temps où chaque petite ville comptait parmi ses notables les gros marchands de la cité, peut-être les formes individuelle et collective, puisque malgré la contradiction de leurs désignations nous les rangeons toutes deux dans une même catégorie,

peut-être ces deux formes eurent-elles la prééminence.

Mais, par la suite, et surtout au cours des siècles derniers, avec l'essor du grand commerce et de l'industrie, la forme sociale prit une importance de plus en plus grande, se constituant en somme vis à vis de l'autre, par sa puissance infiniment supérieure, comme une aristocratie du mécanisme spéculatif.

Et cela, en vertu d'un principe très simple, l'association est indispensable pour la réussite des grandes entreprises qui exigent « des ressources presque infinies et des capitaux considérables que des particuliers, livrés à eux-mêmes, et à leurs seules ressources, ne pourraient se procurer (1), » capitaux qu'il sera facile au contraire de constituer par les multiples fractions qu'apporteront une masse d'individus sur l'appel qui leur en sera fait par les promoteurs de l'entreprise.

La forme sociale a donc de nos jours une prépondérance certaine comme puissance spéculative sur le commerce individualiste.

En déduira-t-on comme conclusion économique que nous nous acheminons petit à petit vers l'association suprême, vers le collectivisme ? Nous

(1) G. Poulle, *Traité théorique et pratique des associations en participation*, introduction, p. xv.

ne le croyons pas, car la concurrence étant le ressort de toute énergie vitale et de tout progrès économique d'une nation, tant qu'elle sera libre, le collectivisme restera toujours une chimère ; or, le principe de concurrence, c'est à dire le principe de « l'homo homini lupus » n'est pas près de s'éteindre, car il constitue l'essence de l'être humain ; le développement de l'associationnisme, loin d'être une évolution altruiste, n'est en somme que la manifestation suprême de l'individualisme, les hommes, en effet, s'unissant non pas par intérêt les uns pour les autres, mais bien plutôt pour satisfaire avec plus de facilité chacun leurs appétits individuels.

Et d'ailleurs, dira-t-on, en abondant dans notre sens, le commerce individuel n'est pas près de disparaître sous une mainmise chaque jour de plus en plus grande de l'association ; en effet, si la forme sociale constitue « une aristocratie du mécanisme spéculatif », la forme individuelle est encore la masse, la foule, le nombre, par là même sa puissance est loin d'être amoindrie. Plus nombreux sont certainement les commerçants individuels que les sociétés, il suffit, continuera-t-on, de se promener quelques instants dans les rues d'une ville pour constater le très grand nombre des enseignes qui ne sont pas suivies de la formule, sacramentelle pour les

sociétés, « et Cie » ou « and Co » pour être plus au goût du jour en étant britannique ; indéniablement, bien plus nombreux sont, dans le même centre, les commerçants qui travaillent avec leurs seules ressources, avec leur propre capital, que les sociétés anonymes ou en commandite.

De là à conclure à l'importance égale des deux formes commerciales en cantonnant toutefois la forme individuelle dans le petit commerce, il n'y a qu'un pas.

Or, pas plus que nous ne voulions reconnaître la prééminence exclusive dans l'avenir de la forme sociale, nous ne voulons franchir ce pas.

En effet, et c'est enfin là que nous voulons en venir, il faut se garder des apparences trompeuses, il ne faut pas se fier qu'à la façade, elle dissimule souvent une association ou une société en participation, peu importe pour le moment la terminologie, et c'est pourquoi il nous est permis de maintenir qu'à l'heure actuelle, la forme individuelle commerciale, quoique existant encore indéniablement et dans un grand nombre de cas, n'a en face de l'autre qu'une puissance et qu'une importance relativement restreintes.

En effet, de nos jours et la plupart du temps, derrière l'enseigne du négociant que vous croyez, pour employer l'expression technique, « marcher »

avec ses propres capitaux, se cache tout un mécanisme secret.

Tel commerçant, tel usinier dont vous jugez la prospérité due à ses seules et uniques ressources, pour monter son entreprise d'une façon plus solide ou sur une plus grande échelle, au cours ou au début de son installation a eu besoin d'une masse de capitaux qu'il ne possédait pas ; ne voulant pas s'associer, désireux de laisser croire aux tiers à la toute-puissance de son crédit personnel, ne voulant pas unir son nom à d'autres, ni le faire sombrer dans l'anonymat d'une société, désireux de laisser aux tiers, pour la prospérité de son commerce, l'illusion que celle-ci n'est due qu'à ses ressoures et ses facultés propres, ce commerçant ou cet usinier a eu recours au moyen suivant.

Il s'est adressé à quelques capitalistes, qu'il savait être au courant de sa situation et avoir confiance tant en son habileté qu'en son crédit pour leur emprunter les capitaux nécessaires au bon fonctionnement ou au perfectionnement de son entreprise.

De deux choses l'une, ou les capitalistes auront avancé les fonds avec restitution future et stipulation d'un intérêt fixe et alors nous nous trouvons en présence d'un simple prêt ; ou bien, les capitalistes ayant grande confiance au directeur de

l'entreprise, auront apporté leurs fonds en société au commerçant, ce dernier est devenu propriétaire des apports et en a seul la libre disposition ; mais, il est convenu pour les apporteurs qui auront vu dans ce procédé une source plus avantageuse de revenus, qu'au lieu d'un intérêt immuable de leur capital, ils auront droit, chacun dans la proportion de son apport, à une part dans les bénéfices de l'entreprise, part déterminée par un pourcentage fixe, mais qui pourra varier selon la plus ou moins grande prospérité de l'affaire, part qui pourra même, certaines années de déficit, faire place à une perte, partagée de même par les apporteurs.

Dans cette dernière combinaison, l'apport de capitaux aura eu lieu sous le sceau du secret, il n'aura fait l'objet que d'une convention tenue cachée entre les parties, les apporteurs resteront dans la coulisse tout en se partageant les bénéfices avec le commerçant ou l'usinier ; les tiers, les créanciers ne les connaîtront pas et ignoreront cette convention, pour eux le négociant continuera à être seul à la tête de son entreprise ; ils ne pourront avoir affaire qu'à lui et alors nous nous trouvons en présence d'une forme sociale de faire le commerce, où les deux éléments, capital, soit en nature, soit en espèces, et travail sont séparés de la forme dite : société ou association en parti-

cipation, ou plus exactement en présence d'une des manifestations le plus habituellement revêtue par la participation (1).

C'est de cette forme sociale de commercer que nous voulons traiter en notre thèse.

Sans doute l'association en participation n'a pas la même importance que les autres sociétés, anonymes ou en commandite ; loin de nous la pensée d'en faire, en tête de cet ouvrage, une forme si parfaite et si commode qu'elle soit appelée dans l'avenir à être la forme sociale par excellence.

Non, et hâtons-nous de le dire dès le début de nos développements, la société en participation est loin de constituer une forme sociale parfaite, et multiples et dangereux sont les inconvénients qu'elle présente.

Mais enfin elle existe et a une réelle importance pratique, elle existe même beaucoup plus fréquemment qu'on ne saurait le croire, son caractère occulte étant cause précisément qu'on ignore sa présence et faisant douter par là même de sa fréquence.

(1) Nous disons « en présence d'une des manifestations les plus usuelles revêtue par la participation », car cette société peut revêtir une autre forme, où la division du capital et du travail d'exploitation n'existera pas de façon si déterminée, ce sera la forme occulte de la société en nom collectif, où deux individus associés ensemble paraîtront aux yeux des tiers agir chacun pour leur propre compte. Mais nous croyons cette seconde forme peut-être moins intéressante que la première en

Au cours d'une enquête pratique à laquelle nous nous sommes livrés, nous avons pu nous assurer auprès des hommes d'affaires et d'une façon certaine que l'association en participation était encore usitée de nos jours dans un grand nombre de cas et dans les hypothèses les plus diverses.

La société en participation n'est donc pas une forme sociale de commercer tarée, elle n'est pas une forme morte et donne encore lieu, de nos jours, ainsi du reste qu'il est facile de s'en assurer en feuilletant les répertoires habituels et actuels de jurisprudence, à de nombreux procès, à de nombreuses controverses juridiques aussi intéressantes que pratiques.

Ce sont précisément ces problèmes juridiques que nous voulons chercher à solutionner dans notre thèse, nous ne croyons pas faire œuvre inutile en agissant ainsi, plusieurs conséquences pratiques importantes pour le négociant, les associés et les tiers dépendent de leur solution.

Autrefois les auteurs épiloguaient sur le caractère distinctif de la société en participation, cette question est aujourd'hui tranchée, et avec les syndicats de producteurs (1), les syndicats d'émis-

même temps que moins fréquente, et c'est surtout de la participation-commandite occulte que nous aurons à nous occuper.

(1) Voir Percerou, Syndicats de producteurs, *Annales de droit commercial*, année 1897, p. 271.

sion (1), la tentative d'introduire des actions ou des parts bénéficiaires dans la constitution de la participation, les idées nouvelles sur la personnalité morale dans les sociétés commerciales, ont surgi de nouvelles questions, plus actuelles et plus vivantes.

C'est surtout et avant tout l'étude de ces nouvelles questions que nous avons choisie comme but.

Notre intention n'est pas de nous servir de cette étude sur la société en participation pour aboutir à des généralités plus ou moins spéculatives, à des considérations de haute économie politique, non elle n'est point si élevée et est plus restreinte.

Nous nous contentons purement et simplement d'analyser les quelques problèmes intéressants que nous a paru occasionner de nos jours la société en participation.

Nous n'avons pas pour but d'écrire un traité complet sur la matière qui nous préoccupe, bien d'autres l'ont fait avant nous, et nous croyons qu'il serait fastidieux, sous prétexte de sacrifier aux lois d'harmonie et d'équilibre qui président à la rédaction traditionnelle d'un plan et de ses diverses parties, de répéter sous une forme plus

(1) V. de Pelsmæcker, *Les associations en participation et les syndicats financiers.*

ou moins neuve, ce que d'autres ont dit avant nous sur certains points de notre matière qui ne nous ont point paru devoir occasionner de nouveaux développements.

Nous avons cru nouvelles certaines questions et ce sont surtout elles qui feront l'objet de nos analyses et de nos études.

Aussi prions-nous ceux que l'esthétique de la forme pourrait intéresser dans une question de droit et qui la considèrent comme une des règles immuables de toute dissertation juridique, de nous excuser si, artiste malhabile, nous n'avons pas su dans l'ordonnance des diverses parties de notre plan observer la règle d'équivalence pour chacune d'elles vis à vis de ses sœurs, si rédacteur inélégant, tel chapitre de notre thèse paraît étriqué vis à vis de tel autre démesurément long.

Comme plan nous suivrons celui généralement adopté en la matière, à quelques modifications près, désireux de chercher l'originalité non pas dans le vêtement donné à notre dissertation, mais bien, ce qui n'est peut-être qu'illusion de notre part, dans l'analyse des quelques problèmes juridiques soulevés par la société en participation intéressant tant la pratique que la théorie.

Tout d'abord, dans un exposé historique nous nous attacherons à rechercher quelles sont les véritables origines de cette forme sociale de faire le

commerce et surtout à montrer, en nous aidant des études de M. Saleilles (1), comme quoi la société en participation n'a pas toujours été une forme sociale de commerce indépendante et sans aucun lien avec les autres formes, mais bien plutôt comme quoi elle n'est en somme qu'une variété de commandite, qu'une commandite déguisée, et que toutes deux, commandite et société en participation ne sont en réalité que deux espèces très voisines d'un même genre, ayant leur histoire non seulement intimement mêlée l'une à l'autre, mais identique et unique au début de leur évolution respective, se confondant toutes deux dans une seule et même institution.

Nous étudierons encore au cours de cet aperçu historique, les transformations successives de la Participation jusqu'à nos jours, tant économiques que juridiques.

Dans une seconde partie, nous rechercherons quelle est la nature exacte de la société en participation, nature que nous déterminerons, après un très bref rappel de l'antique controverse sur le caractère occulte, par l'étude de la jurisprudence actuelle, en examinant la question de savoir si elle est une société ou une simple association, en la comparant à d'autres

(1) Saleilles *Histoire de la commandite. Annales de droit commercial*, années 1895, 1897.

contrats similaires tels que le prêt avec participation aux bénéfices, par exemple, en recherchant si elle peut être ou non considérée comme une personne morale selon la terminologie commune, et sinon, comment on peut aboutir au même résultat que la classique fiction de l'être moral par d'autres procédés, tâche qui nous sera encore rendue très facile par les intéressants travaux de M. Saleilles (1).

Dans cette seconde partie, pour établir d'une façon plus précise la nature de la participation, nous nous attacherons aussi à montrer quel est dans la société moderne le rôle exact joué par la société en participation, quelle est sa véritable fin et à quels réels besoins pratiques elle répond.

Dans ce but, ainsi que nous le disions plus haut, nous nous sommes livrés surtout à Paris, à une enquête pratique, auprès d'hommes d'affaires, avocats, secrétaires d'agréés, notaires, avocats-conseils, administrateurs et liquidateurs de sociétés et chefs de contentieux ; enquête, faite surtout dans le but de savoir quels sont, d'une façon très générale, les motifs qui poussent les personnes formant des sociétés en participation à choisir cette forme de préférence à d'autres, et si c'est le caractère occulte des participations qui les attire

(1) Saleilles, *Histoire de la commandite*. De la personnalité juridique, 1910.

avant tout et pour quelles raisons ; enquête, qui nous permettra, grâce à la presque unanimité des avis qui nous furent donnés, de faire la lumière sur le rôle exact de la participation dans notre commerce moderne et de solutionner plus facilement par la suite les problèmes que nous envisagerons concernant la constitution, le fonctionnement, la dissolution ou liquidation, la réglementation fiscale et éventuelle de ce genre de sociétés.

Après avoir donc essayé de dégager la véritable nature de la participation, dans une troisième partie, nous traiterons de la constitution et des modes de preuve de cette forme sociale, plus spécialement les questions de propriété des apports, et surtout celles, si actuelles et qui ont donné lieu à tant de procès et de controverses, concernant l'émission dans la constitution de notre forme sociale d'actions ou de parts bénéficiaires au porteur, évolution suprême de la société en participation et qui loin de la différencier nettement ne fait que la rapprocher davantage de la commandite, en ce cas de la commandite par actions.

Dans une quatrième partie, nous étudierons le fonctionnement, dans une cinquième, la dissolution de la participation, ces deux parties seront chacune très restreintes, en les développant nous obéirons toujours à notre même idée directrice :

étudier seulement les quelques questions intéressantes, pratiques et nouvelles qui peuvent se présenter lors de la participation. Dans son fonctionnement et dans sa disparition, la participation ressemble beaucoup plus aux autres sociétés que partout ailleurs, bien souvent même, à ces points de vue, il n'existe entre elles aucune différence, aussi ces deux parties serviront-elles plutôt de cadre à l'étude de quelques situations spéciales, telles que la propriété des apports et les sous participations.

Dans notre dernière partie à laquelle nous nous efforcerons de donner une certaine importance, par suite de son caractère essentiellement pratique, nous traiterons exclusivement de la partie fiscale ; nous y étudierons la participation dans ses rapports avec le droit d'enregistrement proprement dit et les taxes spéciales sur les sociétés.

Il nous restera à conclure, en nous basant tant sur les données expérimentales que nous aura fournies notre enquête que sur les résultats des analyses théoriques auxquelles nous nous serons livrés en cours de route, nous examinerons la législation actuellement existante sur les sociétés en participation ; nous examinerons les projets de réglementation législative qui ont été conçus sur notre matière, nous nous demanderons dans quelle

mesure serait utile et nécessaire la codification des règles régissant notre société et de quelle façon, si elle s'impose véritablement au bon fonctionnement de la participation, devra être faite cette codification pour ne pas donner le champ trop libre à la fantaisie des participants ou des gérants directeurs de l'entreprise, comme pour ne pas entraver tout perfectionnement et tout progrès dans l'évolution de cette forme sociale de commercer.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE DE LA PARTICIPATION

Section I. — *Préliminaires et droit romain*

« L'association en participation est une forme rudimentaire et très ancienne d'association. Elle se retrouve chez les peuples marchands de tous les temps : dans la haute antiquité : en Chaldée et en Égypte ; à l'époque de l'antiquité classique, à Athènes et dans la Rome impériale ; au temps de la renaissance commerciale des x^{e} et xi^{e} siècles, en Italie, en France, en Allemagne, dans les pays scandinaves (1). »

Cette forme sociale de commercer est évidemment très ancienne, mais faut-il pour autant voir dans ces droits disparus, chaldéen, égyptien, grec ou romain même, la source de notre participation moderne ? faut-il s'obstiner par « historiomanie » à rechercher quels liens plus ou moins ténus de filiation peuvent unir la participation du xx^{e} siècle aux institutions semblables de ces antiques civilisations ?

A l'analyse des principaux éléments constitutifs de

(1) de Pelsmæcker, *op. cit.*, avant-propos, II.

notre société, on découvre que ses traits essentiels sont : un apport fait par quelqu'un qui reste inconnu et ne se mêle pas de l'entreprise, un négociant qui exploite cet apport et en tire profit et enfin un partage de bénéfices entre les deux parties, apporteur et exploitant, séparation donc bien nette entre l'élément capital dont le bailleur est occulte et l'élément travail, revêtu de la publicité.

Sans doute nous rencontrons, dans les plus antiques civilisations, des entreprises commerciales exploitées de cette façon. Qu'y a-t-il d'étonnant ?

« Dérivant du droit naturel et ne connaissant en principe que les règles posées par les conventions privées (1) », la participation est une de ces institutions qui, sous l'influence de conditions économiques analogues, s'imposent dans tous les temps et dans tous les lieux, sans que tel pays ou telle époque puisse revendiquer leur paternité.

Les mêmes institutions peuvent exister dans le droit romain et dans le droit français actuel sans que pour cela les plus anciennes soient la source des autres.

Toutefois, au point de vue théorique, il est intéressant de rechercher comment, à des époques et en des nations différentes, les hommes ont réalisé des besoins semblables. De même qu'en droit comparé, il est utile d'étudier des institutions étrangères semblables quoique indépendantes les unes des autres, de même, « il n'est pas inutile de faire remarquer que même à Rome nous rencontrons certaines situations qui se rapprochent de la participation (2). Cela est intéressant

(1) Poulle, *op. cit.*, n° 21, 2.

(2) Nous n'éprouvons aucun scrupule à substituer au terme « commandite » employé par l'auteur dont nous empruntons la citation,

parce que cela nous montre la permanence de certaines nécessités juridiques ; et il est curieux de voir comment aux différentes époques de l'histoire il y avait été donné satisfaction (1) ».

C'est pourquoi nous n'avons pas cru superflue l'étude du droit romain malgré notre intention de n'en tirer aucun lien de filiation historique.

Dans trois autres sections nous étudierons : les origines de la participation française et le droit italien d'autrefois, l'ancien droit français et enfin l'évolution finale de notre forme sociale avec le Code de commerce de 1808 et le droit contemporain.

Les Romains connaissaient donc déjà la façon d'exploiter une entreprise, dirigée par un individu seul connu du public, à l'aide de capitaux dont les apporteurs restaient dans l'ombre, quitte ensuite pour ces deux catégories de personnes à se partager les bénéfices résultant de l'exploitation (2). Tout d'abord, sans qu'il y ait précisément forme sociale, les Romains atteignaient facilement le but poursuivi de nos jours par la commandite ou la participation, grâce à l'organisation de la *Familia* et des liens de dépendance dont elle était formée.

celui de « participation » : nous considérons en effet, d'ailleurs avec l'auteur lui-même, avant tout le genre unique : forme sociale de commerce où les deux éléments travail et capital sont séparés, la participation et la commandite n'étant que deux espèces très voisines de ce genre et se confondant en une seule et même institution au début de leur évolution. (V. l'article de M. Saleilles.)

(1) Saleilles, *Histoire de la Commandite*, A. C. 1895, 13.

(2) Sur les analogies existant entre la participation et le droit romain M. Saleilles renvoie à Dietzel, Römische analogien zum heutigen Handelsrecht (dans *Archiv für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht von Siebenhaar und Tauchnitz*, VII, 1858, Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts (dans *Revue de Godschmidt, zeitchrift für gesammte Handelsrecht*, XXIV, 409 et suiv.) Cf. Pernice, Parerga, Zum römischen Gesells chaftvertrage, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte* (Rom. abtheil.), III, 48 et suiv.)

« Celui qui voulait employer une certaine somme en entreprises commerciales et sans paraître en nom lui-même et sans s'exposer au delà de la somme qu'il voulait risquer, n'avait qu'à remettre cette somme à titre de pécule à son fils ou à son esclave avec ordre de la faire fructifier. C'est le fils ou l'esclave qui faisait ainsi le commerce, qui agissait seul ; et en général le pater familias, c'est à dire celui qui avait remis l'argent ne pouvait être poursuivi, c'était du moins le cas ordinaire, que dans la mesure du pécule sa responsabilité se trouvait ainsi limitée à la somme avancée (1). »

Première idée de la participation que cette façon de commercer pour le *pater familias*, idée que nous retrouvons plus précise dans certains rapports contractuels, tels que, par exemple, le prêt à la grosse ou *Nauticum fœnus*.

« Dans le prêt à la grosse, un capitaliste prêtait une somme d'argent à un propriétaire de navire faisant le commerce d'outre-mer. Cet argent devait servir, soit à acheter des marchandises destinées à être chargées sur le navire et transportées, soit à acheter des marchandises au lieu de destination en vue de les ramener et de les importer dans le pays auquel les parties appartenaient ; seulement, il était convenu que l'emprunteur ne répondait pas de l'argent qui lui était ainsi prêté sur tout son patrimoine, mais uniquement sur son navire et le chargement qu'il contenait : le navire et certaines marchandises se trouvaient donc seuls affectés en gage à la somme prêtée.

« Il en résultait que cette somme ne restait due qu'autant que le navire et les marchandises qui lui étaient

(1) Saleilles, *Histoire de la Commandite, op. cit.*, n° 5.

affectées arrivaient en bon port. Au cas de perte du gage, la créance du prêteur se trouvait éteinte.

« Aussi était-il admis en raison de ces éventualités et de ces risques spéciaux, que le prêteur pouvait stipuler un intérêt assez considérable sous le nom d'intérêt maritime.

« Bien entendu, au point de vue de sa situation extérieure, vis à vis des tiers, le prêteur n'était ici, comme cela était dans la réalité, qu'un simple prêteur. Il n'était pas un associé, analogue à un commanditaire, et responsable à l'égard des tiers dans la mesure tout au moins de son apport. Mais si l'on se place au point de vue de la fonction économique qu'il remplissait, il est certain que dans le Nauticum fœnus, le prêteur s'associait aux bénéfices éventuels par le taux énorme de l'intérêt stipulé ; et d'autre part il assumait certains risques, ceux tout au moins qui consistaient dans la perte du navire et des marchandises (1). »

C'est cette combinaison, plutôt association économique, comme l'appelle M. Saleilles, que nous retrouverons plus tard dans les villes maritimes de l'Italie moyenâgeuse, combinaison très voisine de celle usitée par les armateurs italiens du x^e^ siècle et qui nous paraît être la source de notre participation.

Mais le droit romain nous offre encore des analogies plus frappantes. Il n'est pas rare d'y rencontrer de véritables sociétés dans lesquelles l'un fournit son travail, l'autre un simple apport et où cependant il y a entre les parties partage de risques et de bénéfices.

Déjà avant Dioclétien, Ulpien admettait qu'on puisse contracter des sociétés où les éléments capital et travail

(1) Saleilles, *Histoire de la Commandite*, n° 6.

étaient séparés chez deux personnes dont l'une fournissait la marchandise et l'autre se chargeait d'en tirer profit en la vendant.

Ulpien admettait alors, suivant l'intention des parties, qu'il pouvait y avoir plus qu'un simple louage de services. Par exemple : un négociant remet à un courtier une marchandise pour la vendre, si ce dernier en retire une somme fixée au préalable, il la versera intégralement au négociant, s'il en retire au contraire une somme supérieure, l'excédent sera pour lui (1).

Pour le juriste romain il n'y aura société que si les parties ont conclu cette convention dans l'intention d'en faire une sorte d'association entre elles, si l'intention est prouvée, la société existe.

La condition essentielle de son existence est qu'on y découvre une espérance de bénéfices, subordonnée aux chances de gain à réaliser par celui qui se charge de l'entreprise. Or, dans notre exemple, l'intermédiaire qui se chargera de la vente ne fera de bénéfices que si dans son opération il atteint un prix supérieur au prix minimum fixé au préalable entre lui et le négociant.

Une société de ce genre ressemble fort au contrat de commande du Moyen Age, d'où nous ferons dériver d'ailleurs la participation : « L'un a confié sa chose en donnant mandat de la vendre ; l'autre fournit ses services et son industrie ; il est entendu que ce dernier partagera les bénéfices, si la vente dépasse un certain prix : il les

(1) C'est un exemple semblable avec lequel raisonne Ulpien : L. 44. D. (17. 2) : « Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem ; si pluris, quod excedit tu haberes : mihi videtur, si animo contrahendæ societatis id actum sit actum sit, pro socio esse actionem ; si minus, prescriptis verbis. » Cf. sur ce passage Troplong, *Du contrat de société*, n° 34 et suiv., Pothier, *Société* n° 13.

partagera en ce sens que l'excédent sera pour lui (1). »

Donc, pour ne pas perdre de vue le but de cette rapide esquisse de droit romain, le contrat dont nous parle Ulpien, se rapproche de la participation, en ce sens qu'entre deux parties dont le rôle est différent dans l'entreprise, il y a partage de bénéfices, peu importe, pour notre étude, dans quelle proportion.

Nous pouvons encore relever au nombre des institutions romaines analogues, les sociétés de plublicains, ayant comme les commandites modernes, des membres non gérants, qui en faisaient partie sans être officiellement admis parmi les associés.

D'autre part, pendant longtemps, les praticiens romains eurent de l'éloignement pour les professions lucratives qu'ils considéraient comme serviles et laissaient à leurs esclaves ; en outre, à l'époque des guerres puniques, une loi, provoquée par les Tribuns défend aux sénateurs les stipulations mercantiles (2).

La participation, ou tout au moins, les institutions romaines analogues offraient dès lors aux familles nobles et aux sénateurs un moyen facile de commercer sans se faire connaître, de vivre d'une profession qu'ils considéraient comme indigne de leur caste.

Plus les siècles s'écoulent, plus les hommes restent les mêmes êtres, imbus de mêmes préjugés, ceux-là qui prétendent être les maîtres et appartenir à une caste supérieure restent esclaves ; apparemment ils se font un orgueil d'obéir à des traditions qu'ils revêtent d'une force quasi-légale, au fond, ils en souffrent et aspirent en secret à y déroger. Il en est pour certains de nos contemporains ce qu'il en était autrefois des nobles

(1) Saleilles, *op. cit.*, n° 7.
(2) Tite-Live, 21, 63.

romains, la participation leur est chère comme elle dut l'être à ces derniers (1).

Ainsi que nous le verrons plus loin avec notre enquête, cet avantage que présente l'anonymat de la participation est une des causes les plus fréquentes de sa formation.

Justinien (2), Ulpien nous parlent d'associations formées entre Romains pour la traite des esclaves, les transports maritimes, les entreprises de constructions, il est très vraisemblable que la participation devait être ici d'un usage fréquent.

Enfin, il faut citer, pour finir, parmi les contrats qui peuvent encore avoir à Rome certaines anologies avec la commandite et la participation, le contrat de dépôt et surtout le dépôt irrégulier.

« Il est bien certain que, juridiquement parlant, il n'y a entre eux qu'un rapport extrêmement éloigné, puisque dans le dépôt, le déposant doit retirer la chose même qu'il a livrée, et s'il s'agit de dépôt irrégulier, des choses de même espèce, valeur et qualité. Dans la commandite, celui qui a confié sa chose et fait un apport à un commerçant ne doit pas retirer ce qu'il a remis, mais le gain ou une partie du gain qui en proviendra.

« Mais il y a cependant un point de départ analogue pour l'un et pour l'autre, lequel paraît avoir extrêmement frappé les hommes du Moyen Age. Ce point de départ est le fait du dépôt lui-même, c'est à dire le fait qu'une

(1) Les textes ne sont pas contraires à nos déductions. Dans les sociétés romaines dont l'objet était la ferme de l'impôt, intervenaient plusieurs associés, les uns comme adjudicataires, d'autres comme cautions, d'autres enfin comme de simples associés participants. Ces derniers seuls ne traitaient pas en nom avec la République et n'étaient pas directement obligés envers elle (Cornelius Nepos G., 6 ; Cicer. *Ad Attic.*, lib. 1, epist. 19, 20.

(2) *Instit., de Soc.*

(3) L. 55, §§ 4, 7, 12, 15 : L. 69. D.XVII.II.

chose est confiée à un tiers. La commandite est considérée comme un dépôt d'une nature particulière, un dépôt qui a pour objet de faire fructifier la chose déposée (1).

« Un individu confie à un autre une chose que ce dernier devra faire fructifier au moyen d'entreprises commerciales déterminées : c'est un dépôt qui se commercialise si on peut ainsi parler (2). »

Telles sont, en droit romain, les institutions présentant des analogies, parfois assez étroites, avec la participation du Moyen Age.

Section II. — *Origines de la participation française. Ancien droit italien*

Rechercher la filiation historique d'une institution, c'est non seulement découvrir à travers les âges sa plus antique existence, c'est aussi dans le pays lui-même ou en des pays voisins rechercher quels sont les rapports juridiques dont les transformations ont abouti d'une façon certaine et non pas purement hypothétique à la création de cette institution, c'est en outre de ses plus lointains précédents rechercher le principe général dont elle n'est que l'application.

Or, ce principe général, nous le connaissons déjà : c'est l'association entre le travail et le capital avec partages de bénéfices, c'est lui qui nous guidera dans nos recherches historiques.

A) Au début du Moyen Age, aux époques qui suivirent les invasions, nous trouvons déjà des rapports juridiques

(1) Les textes romains employaient d'ailleurs assez volontiers le mot de commandare pour exprimer le fait matériel du dépôt. V. L. 24 et 26. D. (16. 3) ; dans certains statuts italiens du XII^e^ siècle, on appelle également commandisia, ce qui n'est qu'un dépôt maritime.

(2) Saleilles, *op. cit.*, n° 9.

contractuels dans lesquels l'un fournit sa chose, l'autre son travail, le commerce n'avait pas encore pris tout son développement, et c'est à propos de l'exploitation de la terre, alors le principal objet de spéculation, que nous trouvons des contrats semblables.

C'est par exemple le bail à complant, dont nous parlent les cartulaires de Mâcon, de Brioude, d'Ainay et de Grenoble (1).

C'était une tenure qui servait tout spécialement à la mise en valeur des terrains incultes. Voici une des clauses les plus usitées : « Un propriétaire cède à un cultivateur une pièce de terre à mettre en vigne. Celui qui la reçoit doit donc y planter de la vigne ; et cette mise en culture est désignée dans les textes par les mots plantare, ou ædificare. La nouvelle vigne s'appelle plantus ou plantada.

« Le tenancier garde la terre pendant cinq à six ans, suivant les termes du contrat, sans avoir rien à payer. C'est qu'il faut en effet attendre à peu près ce temps-là, pour qu'une vigne nouvelle rapporte revenu. Au bout de ce délai, la terre se partage par moitié. Une moitié appartient au tenancier pour sa peine : « Unam medietatem teneat pro suo planto. » L'autre moitié revient au propriétaire (2). »

Ainsi donc dans le bail à complant ou medius plantus, il y a association entre deux personnes dont l'une fournit son capital : la terre, l'autre son travail : la mise en valeur de cette terre, avec partage de bénéfices entre

(1) Sur le bail à complant à l'époque du droit coutumier, et principalement dans les régions de l'ouest de la France, voir une note de M. Surville sous Poitiers, arrêt du 19 février 1894 (S. 94, II, 201).

(2) Saleilles, *Histoire de la Commandite*, nº 11.

les deux parties : partage par moitié de la vigne qui est le résultat de ce contrat.

Nous citerons également, dans le même ordre d'idées, les tenures voisines de notre métayage, dans lesquelles un propriétaire cédait un terrain pendant un temps déterminé à condition qu'il en partagerait les revenus avec le tenancier ; par exemple, le cheptel quand le cessionnaire des bestiaux n'apportait que son industrie (1).

Tel sont quelques-uns des contrats de la vie journalière où l'on trouve une association entre le capital et le travail avec partage de bénéfices, contrats qu'on trouve en Italie comme en France, tout à fait au début du Moyen Age. Ils nous acheminent peu à peu vers le type exact d'un contrat, la « commande », que tous les auteurs s'accordent à considérer comme la source véritable de la participation, comme d'ailleurs de la commandite simple.

Jusque vers le IXe siècle, cette association entre capital et travail n'avait pas pris une forme commerciale, c'est à propos du commerce maritime, surtout en Italie, que cette forme va se commercialiser et devenir usuelle chez les trafiquants.

B) Les phénomènes juridiques ont souvent d'étroits rapports avec les faits politiques : la commande naquit à une époque de grande transformation politique et

(1) Le cheptel peut si bien être considéré comme une des origines du contrat de commande dont nous parlons plus loin, qu'au début du Moyen Age, dans l'industrie agricole, on l'appelait « commande de bestiaux ».

A noter, comme détail intéressant, qu'actuellement, dans la Haute-Marne, par exemple, ce procédé survit encore dans la cession d'un troupeau faite par une personne à une autre qui s'occupera de l'élevage, avec convention de partage du croît du troupeau entre les deux parties.

économique, l'époque qui suivit l'agonie de Rome et de Bysance et les invasions barbares.

Ces troubles profonds ainsi que le développement de la piraterie avaient entraîné la disparition du grand commerce maritime. Comme aux temps primitifs de la Phénicie et de la Grèce le producteur convoyait lui-même ses marchandises. « Vers le IXe siècle, le commerce maritime reprend son essor, et dans le bassin de la Méditerranée s'affirme la prépondérance commerciale des villes maritimes, Amalfi, Venise, Gênes, Pise.

« Ne pouvant plus suffire à tous les besoins, le marchand a recours à des auxiliaires et conclut avec eux le contrat de commande. Ce contrat suppose deux personnes : le marchand qui reste au pays : le stans ; l'auxilliaire : le portitor ou tractator, auquel le stans confie — cum mandare — des marchandises ou des deniers pour faire le trafic dans un pays d'outre-mer (1). »

Ce contrat pouvait avoir lieu également à l'occasion du commerce terrestre, il prenait alors plus volontiers le nom de « contrat de pacotille », il consistait pour un fabricant, par exemple, à confier ses marchandises à un revendeur qui s'efforçait de les placer, c'est l'hypothèse à laquelle nous faisions allusion en droit romain.

Mais nous ne trouvons pas encore dans ce contrat les éléments d'une véritable société, il se rapprocherait plus alors de l'œstimatum du droit romain, il serait analogue également à ce que nous signalions au début de notre historique : à la situation existant autrefois à Rome à propos de la familia, aux rapports existant entre le pater familias d'une part et son fils ou son esclave de l'autre. C'est l'hypothèse que nous retrouvons de nos

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, p. 8.

jours à propos du louage de services entre un patron et un commis intéressé aux bénéfices.

Dès cette époque, ce contrat avait lieu non seulement au sujet de marchandises, mais faisait déjà l'objet de pures spéculations. C'est alors le même exemple que celui des nobles romains, seigneurs possédant des capitaux et voulant les faire fructifier sans commercer eux-mêmes ; mais là encore le contrat ne s'analyse pas en une véritable société, tout au moins dès les origines (1).

Le tractator *n'est pas* un véritable associé, il n'est pas indépendant et est le subordonné du stans aux ordres duquel il doit se conformer ; ce dernier demeure propriétaire des marchandises ou des deniers, il supporte seul les risques, limités à la valeur des fonds remis. Le transporteur déclare en effet trafiquer la marchandise d'autrui : « Porto de rebus tuis », « Accepti de rebus tuis », telles sont quelques-unes des formules qui nous le révèlent sans aucun doute.

Mais le stans n'aventure que ses marchandises ou les espèces confiées au portitor. Quelques fois le transporteur agit au nom du stans, qui devient alors son commettant. La commande se rapproche alors du contrat de commission, s'en distinguant cependant par une participation aux bénéfices, ordinairement d'un quart, que touche le portitor au lieu d'un salaire fixe. Le plus

(1) Nous faisons cette restriction, car à mesure que la commande allait avoir pour objet de l'argent, destinée alors à tourner la prohibition du prêt usuraire, elle allait rapidement se transformer en association. « En effet cela résultait du but même poursuivi par les parties. Si le bailleur de fonds voulait pouvoir tirer revenu de son argent, il fallait bien qu'il cessât d'être un prêteur de deniers pour devenir un associé, sinon il aurait été taxé d'usure. Pour avoir le droit de tirer revenu de son argent, il fallait forcément qu'il se déclarât associé et pût se faire passer pour tel. » (Saleilles, *op. cit.*)

souvent, le portitor agit en son propre et seul nom, la responsabilité du stans n'est pas engagée, car il ne traite plus ici avec les tiers comme mandataire, mais bien en son nom personnel ; au retour de son voyage, le transporteur rend compte de ses opérations au stans et reçoit en rémunération de son concours, une quotité des bénéfices nets.

Cette commande n'est cependant pas encore considérée comme une société, parce qu'il n'y a d'apport en capital que d'un côté, et, comme en droit romain, la véritable société est considérée comme impliquant pour sa formation un apport en capital de la part de chaque associé.

Néanmoins retenons ceci : elle est une association entre le capital et le travail avec partage de bénéfices et exploitation au nom d'un seul dans les rapports avec les tiers.

A côté de cette commande primitive, qu'on appellera : unilatérale parce que l'apport en capital n'est fait que d'un seul côté, apparaît de bonne heure, la *commande bilatérale* où, à l'inverse de la première, le capital résulte d'apports faits, partie par le stans, partie par le portitor, lequel en outre continue à apporter son industrie comme dans la commande primitive.

Ces deux formes de la commande apparaissent dès le x^e^ siècle ; on les rencontre dans tout le bassin méditerranéen, d'abord dans les villes commerçantes et surtout maritimes de l'Italie, dans les colonies italiennes, de l'Archipel et de l'Asie mineure, d'où elles se répandront rapidement dans les régions commerçantes voisines, telles que le midi de la France et l'Espagne.

C) Au cours de leur évolution, elles se transformeront, la première en *participatio*, la commande bilatérale en *accomandita*.

La commande bilatérale constitue dès le début une véritable société, c'est la *societas maris*, pour le commerce maritime, et *la societas terræ* pour le commerce intérieur.

Le portitor n'y est plus le surbordonné du stans, il devient *dominus negotii* ou *capitaneus*, ainsi qu'on l'appelait à Pise. Il exerce lui-même une profession indépendante, il fait un trafic maritime ou terrestre, a pour cela besoin de capitaux auxquels il fait appel de tous côtés, donnant à chaque apporteur, qui sera, non plus exclusivement un commerçant, mais tout individu possédant du capital, une participation dans les bénéfices résultant de son voyage sur mer et sur terre. La commande bilatérale est avant tout un *placement d'argent*.

Deux causes favorisèrent son développement : d'une part, le nouveau principe introduit par elle, d'après lequel, contrairement au droit commun qui exigeait la responsabilité solidaire et in infinitum des associés d'une société commerciale, les associés n'étaient plus tenus que personnellement et dans la limite de leurs apports ; d'autre part, la prohibition canonique de l'usure qu'on devait tourner par la commande bilatérale, l'apporteur n'étant plus un simple prêteur, mais un associé.

Dans la societas maris, comme dans la commande unilatérale, les tiers ne connaissent qu'une personne : le portitor. Elle n'est pas une société publique existant erga omnes, elle n'est société que dans les rapports intérieurs entre associés, le « capitaneus » traite en son seul et propre nom.

C'est en somme la seconde phase de la commande : transformation d'un simple contrat en société, mais en société occulte. Dans la première manifestation de la

commande se trouvait également le caractère occulte, mais le lien social faisait défaut.

C'est sous cette forme de société, appelée à Venise *Collegantia*, que procédèrent les grandes banques italiennes qui, aux XIV^e^ et XV^e^ siècles étendaient leur commerce dans toute l'Europe. Nous trouvons des sociétés de ce genre à Pise et à Florence au XII^e^ siècle.

Casaregis, en donnant une définition, dit que la commandite, c'est à dire la societas maris, est une société dans laquelle on ne livre au public que le nom du commandité, et que ceux des commanditaires restent ignorés. Il ajoute que le commandité : le capitaneus, a seul la gérance et l'administration, qu'il traite et contracte *proprio nomine*, et que le commanditaire : l'apporteur des capitaux, n'a qu'un intérêt sous forme de participation, proportionné à ses capitaux engagés dans l'entreprise.

Les associés qui restent ignorés des tiers, par le fait du caractère occulte de la société, sont en cas de faillite et de déconfiture du gérant, sur le même pied que les créanciers sociaux.

De là un conflit aigu entre les associés et les créanciers sociaux. En réalité, les premiers, loin de rester étrangers à l'entreprise, exerçaient sur elle une grande influence ; d'autre part, c'est grâce au concours de leurs capitaux que le gérant s'était engagé dans des opérations dont les tiers exigeaient l'exécution à leur profit. Les créanciers demandaient donc à poursuivre les associés.

C'est alors qu'on introduisit le principe de la séparation des patrimoines, « en considérant le fonds social comme un patrimoine propre, *distinct* du patrimoine personnel du gérant, affecté par préférence au paiement des dettes sociales (1) ».

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, 11.

« D'après le Constituum Usus de Pise (XII[e] siècle), en cas de conflit entre les socii et les créanciers personnels du gérant, les premiers ont sur le fonds social, *in rebus societatis*, le pas sur les seconds. En cas de conflit entre les socii et les créanciers sociaux, *creditores henticæ*, ceux-ci ont sur la *hentica* la préférence vis à vis des socii (1). »

Les socii veulent alors frauder et font inscrire leurs versements de capitaux sur les livres commerciaux du gérant, non comme mise sociale, mais à titre de prêt. « Pour déjouer cette fraude, on étend à la société l'obligation de publier l'acte constitutif, obligation en vigueur depuis longtemps pour les sociétés collectives. La loi florentine de 1408 ordonne que les noms des commodantes et de l'accomandatarius, le montant des mises des commodantes, la date du contrat soient portés aux registres de la corporation des marchands (1)-(2). »

La commande bilatérale est arrivée au terme final de son évolution, elle est désormais une société publique, et existe vis à vis de tous, c'est l'*accomandita*, c'est la commandite simple des temps modernes ; elle comprend, comme cette dernière : un associé indéfiniment responsable et des associés responsables seulement à concurrence de leur mise ; elle doit être publiée ; elle comporte un patrimoine social indépendant.

D) Tandis qu'évoluait ainsi la commande bilatérale, la commande unilatérale, elle non plus, ne restait pas stationnaire, et de simple contrat tendait à devenir une véritable société.

Elle prend alors un nom nouveau : « la Participatio »,

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, p. 12.
(2) On trouve la même publicité prescrite à Lucques (1554), à Bologne (1583), à Rome (1526), à Sienne (1664).

elle se rencontre à Pise, Venise, Bologne, mais surtout à Gênes.

Gênes connaissait deux sociétés, la Compagnie ou Société collective, et la Participatio qui jouait chez elle le même rôle que la commande bilatérale à Florence.

La Participatio gênoise revêt deux caractères distinctifs, elle implique, d'une part, la responsabilité du particeps : de l'associé, limitée vis à vis de ses coassociés au montant de sa mise, d'autre part une irresponsabilité absolue vis à vis des tiers.

Vers le XVI^e^ siècle, époque où elle fut définitivement constituée, la participation présentait en Italie les caractères suivants :

Elle n'est considérée que comme société restreinte, dans les rapports entre les coparticipants. Le bailleur de fonds ou particeps *n'a pas* le caractère de véritable associé, les tiers ne le connaissant pas comme tel. Il doit effectuer un apport qui passe dans le patrimoine du gérant et sur lequel il n'a aucun droit de copropriété ; il n'a pas le droit de participer à la direction de l'entreprise, mais il peut demander des comptes ; il doit contribuer aux dettes, mais seulement dans la proportion de son apport ; les causes de dissolution de ce contrat sont celles habituelles à toute société.

Vis à vis des tiers, telle est la situation de la participation : le gérant traite en son nom personnel et n'oblige que lui, les tiers ne peuvent rien contre le participant par voie directe, ils ne peuvent le poursuivre que par voie oblique, mais cela à condition que le nom du tiers ne figure pas dans la raison sociale et qu'il ne soit pas partie aux opérations conclues par le gérant.

Tel est, notamment à Gênes, l'évolution finale de la commande unilatérale.

E) Donc, pour résumer l'origine et l'évolution de la participation, nous remarquons, dès l'époque qui suit les invasions, des contrats de la vie courante, tels que les tenures citées plus haut, le bail à complant, le métayage, le cheptel qui nous montrent les premiers : une association entre capital et travail avec partage de bénéfices entre les deux parties.

Ensuite ces contrats se précisent et donnent lieu à la commande, commande originaire qui n'est pas encore une société, qui est plutôt une sorte de mandat rémunéré mais toujours : association entre capital et travail, avec partage de bénéfices, le gérant seul étant connu des tiers qui n'ont pas affaire aux apporteurs de capitaux.

Cette *commenda* subit deux évolutions parallèles : la commande bilatérale qui finit par donner naissance à une société *publique*, à la commandite simple telle que nous la connaissons de nos jours ; la commande unilatérale qui finit également sous les influences signalées plus haut par se transformer en société, mais en société *occulte*, ce qu'en ancien droit français on appelait une société anonyme, ce qu'on appelait à Gênes une Participatio, et que nous dénommons aujourd'hui association en participation.

Pour M. de Pelsmæker, la participation aurait son origine dans la Participatio italienne, aboutissement final de la commande unilatérale.

M. Saleilles ne semble pas s'attacher à cette double évolution de la commande, et pour lui la Participation ne serait en somme qu'une transition entre la commande primitive, et la *societas* proprement dite ou commandite publique, la participation étant une phase de l'évolution de la commanda, situation intermédiaire

entre l'ancien contrat de commande et la commandite publique.

Pour cet auteur, jusqu'au XIV^e^ siècle, l'association entre capital et travail se traduit par le contrat de commande, du XIV^e^ au XVII^e^ siècle elle se présente sous la forme d'une société, mais d'une société n'existant qu'entre les parties et non à l'égard des tiers ; à partir du XVII^e^ siècle, notamment pour déjouer les fraudes de plus en plus nombreuses des associés participants, on exige la publicité de cette association, c'est la *commandite*, mais le rapport juridique précédent subsiste à côté avec son caractère occulte, nous verrons comment et pour quels motifs dans notre troisième section, c'est l'*association en participation*.

Section III. — *Ancien droit français*

§ I

« Les usages et institutions commerciales de l'Italie furent répandus dans toute l'Europe et notamment en France, par les marchands Lombards, qui apparaissent dans les grandes foires, et qui, dans un grand nombre de villes, fondent des maisons de banque et des comptoirs de commerce.

Dans une ordonnance du 9 juillet 1315, le roi Louis X le Hutin déclare : « Item lesdits marchands italiens, pour commande qu'ils feront ensemble l'un avec l'autre, ne seront par nous, ni par nos gens, repris ni approchiez de cas d'usure (1). »

A) Telle qu'elle existait en Italie, sous les différentes

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, p. 17.

formes dont nous avons parlé précédemment, la commande existait donc aussi en France.

Venant principalement des ports italiens, elle s'y est introduite dès le x^e^ siècle, et dès cette époque, on la trouve fréquemment sous ses deux formes, unilatérale et bilatérale, surtout dans les ports méditerranéens, dans les statuts de Marseille, par exemple.

Comme de l'autre côté des Alpes, la commande, chez nous, tout d'abord affectée plus spécialement au commerce maritime ne tarde pas à s'amplifier et à s'étendre de plus en plus au commerce terrestre.

Elle subit en France, à peu de choses près, la même évolution qu'en Italie.

Nous trouvons d'abord des contrats de la vie courante qui nous montrent l'exemple d'associations entre le capital et le travail avec partage de bénéfices.

Puis cette association prend une grande extension dans le commerce, d'abord maritime, et sous l'influence italienne prend la forme de la commande.

C'est alors le contrat par lequel un marchand confie des marchandises, généralement à un capitaine de navire qui s'engage à les revendre ; où bien, c'est le contrat de pacotille, à propos du commerce terrestre, intervenant tous deux dans les mêmes conditions que celles dont nous parlions pour le stans et le portitor.

C'est l'état du droit, du x^e^ au xiv^e^ siècle, mais la commande n'a pas encore pris la forme d'une véritable société, on la lui refuse parce qu'à cette époque, et comme en droit romain, on ne considérait pas comme une société, la convention où l'apport en capital n'était fait que d'un seul côté.

Mais de très bonne heure, on avise dans la commande, un excellent mode de placer et faire fructifier son argent.

Le prêt à intérêts était prohibé, pour de nombreuses personnes c'était une dérogeance que l'abord des carrières commerciales ; la commande, où l'apporteur reste occulte, devait pour ces deux raisons trouver un champ nouveau d'application.

Seulement, pour que le bailleur de fonds puisse tirer profit de son revenu, il fallait qu'il cessât d'être un prêteur, tout au moins apparemment, pour devenir un *associé*.

D'autre part, à l'époque qui suit le XIV^e^ siècle, le double apport de capitaux est beaucoup plus fréquent, les idées évoluent, et surtout quand la commande a pour but de l'argent, on la considère comme une société alors même que l'apport n'est fait que par l'une des parties.

La commande est alors une société, mais occulte, n'existant comme telle que dans les rapports entre les associés, les tiers ne connaissant qu'une seule personne, celle qui dirige l'entreprise et ne pouvant exercer de recours que contre elle.

C'est l'état de choses existant en France du XIV^e^ au XVII^e^ siècle, où la participation prend véritablement sa forme définitive après l'ordonnance de 1673.

B) L'occultisme de la commande, dont bénéficient les apporteurs de capitaux, s'explique facilement : les tiers ne considèrent comme commerçant que celui qui dirige effectivement l'entreprise, les autres ne sont que des bailleurs de fonds, ils n'exercent pas le commerce et le créancier social qui traite avec le gérant pour les besoins de l'entreprise n'a pas à les connaître, ce ne sont pas pour lui des associés, ils ne le sont que vis à vis du gérant et ne sauraient être rendus responsables des actes personnels de celui-ci. Au Moyen Age le caractère occulte de la commande prend de plus en plus d'impor-

tance pour les deux raisons signalées plus haut, la prohibition du prêt usuraire, et l'interdiction, sous peine de dérogeance, des carrières commerciales à certaines classes de la société.

Mais dès l'instant où l'on aura fait de la commande une véritable société, un conflit va s'élever entre, d'une part l'idée d'occultanéité en vertu de laquelle les participants doivent rester en dehors des obligations de l'entreprise, d'autre part l'idée de responsabilité que doit encourir tout associé ; conflit d'autant plus aigu qu'en réalité, dans la commande, les participants exerçaient souvent une véritable influence sur la marche de l'entreprise, la plupart du temps au détriment des tiers.

La question va se poser de la responsabilité des participants, question que jusqu'alors il avait semblé tout naturel de laisser dans l'ombre. Au début on la nie pour le tout, puis on finit par l'accepter en se basant sur l'idée de mandat, mais c'était aboutir à la responsabilité personnelle pour le tout ; c'était aller trop loin, intervient alors l'idée de responsabilité des participants *limitée* à leur apport.

Cette idée « était acceptée par l'usage commercial. Il restait à lui trouver un fondement juridique ; et celui qui semblait le plus légitime était d'accepter l'idée de société, et de distinguer deux classes d'associée, ceux qui agissent et qui deviennent débiteurs personnels, et ceux qui n'agissent pas et qui font simplement agir leurs capitaux : ils restent responsables dans la limite seulement des capitaux qu'ils ont fournis (1) ».

Cette conception était acceptée facilement pour le cas qui existait déjà, où les rapports réels existant entre les

(1) Saleilles, *op. cit.*, n° 24.

apporteurs de capitaux et le directeur de l'entreprise étaient connus des tiers, mais la question était à résoudre pour l'hypothèse où la commande existe entre un commerçant connu et des participants inconnus qui lui ont apporté ses fonds.

Tel était l'état de choses en France à la fin du XVII^e^ siècle, c'est la *seconde* phase de la commande ; c'est alors que, sous les influences signalées plus haut, et en face des fraudes des participants de plus en plus nombreuses, le législateur français va entrer en scène, préciser les solutions, créer comme en Italie, d'une façon définitive, la commandite simple et laisser à côté d'elle subsister l'association en participation.

C) Les sociétés, importées par les Lombards en France, passent par des phases diverses, toujours par suite du conflit que fait surgir leur caractère occulte, tantôt tolérées, tantôt proscrites par les pouvoirs publics ; l'ordonnance de Blois de 1579 les soumet à l'obligation de la publicité : « Et voulons que toutes compagnies déjà faites ou qui se feront ci-après entre lesdits étrangers, estant dans notre royaume, soient inscrites ou enregistrées aux registres des baillages, sénéchaussées et hostels communs de villes où ils seront tenus nommer et déclarer tous les participans et associez sous peine de faux, ordonnant que ceux qui auront des banques et sociétez ne pourront avoir aucune action l'un contre l'autre, s'ils n'ont fait faire l'enregistrement ci-dessus. »

L'ordonnance de 1579, pour remédier aux manœuvres frauduleuses des participants vis à vis des tiers et établir leur responsabilité exigeait la publicité. Mais cette mesure législative ne définissait ni l'associé, ni le participant; l'obligation de la publicité était tombée en désuétude,

c'est alors qu'intervient, sous Louis XIV, l'ordonnance de 1673.

L'ordonnance de 1673 traite des sociétés au titre IV. Dès son article 1er, elle parle de la commandite, qu'elle place sur le même pied que la société collective, la société commerciale par excellence d'alors, qui n'est autre que notre société en nom collectif actuelle, elle ne dit mot de la société anonyme en participation (1).

M. Saleilles nous dit alors : « Voilà donc du même coup la commandite qui devient une véritable société et qui se distingue de la participation avec laquelle elle se confondait plus ou moins jusque-là (2). »

Disons plus, et c'est en réalité à quoi aboutit lui-même M. Saleilles (3), le législateur distingue purement et simplement *deux* cas dans la commande, l'un où elle est formée entre marchands et négociants, l'autre où elle est formée entre négociants et particuliers ; il veut remédier aux inconvénients du caractère occulte signalés plus haut, pour cela il est de toute nécessité d'imposer la publicité à cette forme sociale de commercer, de faire connaître aux tiers le nom des apporteurs ; le législateur *le peut* et le fait dans le premier cas, c'est alors et *pas avant* que naît la « commandite » proprement dite ; il ne le peut *pas* dans le second cas, et il ne le fait pas, nous verrons pour quelles raisons, c'est alors et *pas avant* qu'est créée d'une façon définitive « l'association en participation » proprement dite.

Avant l'ordonnance de 1673, il n'y avait en France,

(1) Troplong, *Du contrat de société*, n° 586.
(2) Saleilles, *op. cit.*, n° 25.
(3) Cela nous semble tellement certain que nous n'avons pas hésité en nous servant de l'étude de M. Saleilles à transformer son *Histoire de la Commandite* en histoire de la participation, ou plus exactement en histoire de la « Commande » et de ses deux dérivés au XVIIe siècle, la commandite et l'association en participation.

ni commandite, ni participation, il n'y avait que la commande avec ses divers cas d'applications ; *avant* 1673 commandite et participation ne faisaient *qu'un*, elles étaient si l'on veut deux cas d'application de la commande, et c'est seulement sous Louis XIV qu'elles se séparent nettement et définitivement l'une de l'autre par l'obligation de publicité imposé dans un cas et non dans l'autre.

Nous avions donc raison, en tête de cet ouvrage, de prétendre que la participation *n'est autre chose* qu'une *commandite occulte ;* on voit quels rapports étroits unissent les deux institutions, qu'on ne nous parle donc pas de *deux* principes différents, mais bien de deux applications différentes d'un *même* principe.

C'est là l'idée essentielle de notre historique à laquelle nous voulions aboutir, qu'on nous permette de la développer, en montrant surtout que si la participation a subsisté après l'ordonnance de 1673, si le législateur n'a pas imposé la publicité aux deux applications de la commande, c'est avant tout non pour des raisons juridiques, mais bien plutôt pour des raisons d'ordre purement économique et sociologique.

§ II

A) L'ordonnance de 1673, dans son article 1^er^ exigeait la rédaction du contrat par écrit au point de vue de la preuve du contrat de société, toujours pour établir le principe de responsabilité des associés ; de plus, l'article 2 fonde le principe de la publicité des sociétés commerciales en exigeant l'enregistrement du contrat. Cependant l'article 2 n'exigeait la publi-

cité que pour *les sociétés entre marchands et négociants*.

« On en avait conclu que l'enregistrement des commandites », nous dirons des commandes, « n'était requis que pour les *commandes* entre négociants et non pour celles qui se formaient entre négociants et particuliers. Cela rentrait en effet dans l'esprit de l'ordonnance et correspondait aux mœurs de l'époque : il fallait permettre aux nobles d'apporter leurs capitaux au commerce tout en leur garantissant la certitude que leurs noms ne seraient pas publiés (1) ».

D'un autre côté et dans le même but d'assurer un recours aux tiers, l'ordonnance formule nettement le principe de la responsabilité des associés dans la commande, mais dans la mesure *seulement* de leur apport ; parlant du cas qu'elle a transformé en commandite, son article 8 au titre V déclare : « Les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part (2). »

Enfin, comme conséquence de cette responsabilité limitée, il est bien établi que, seul, le commandité est le maître, directeur de l'entreprise et que les commanditaires ne doivent pas s'immiscer dans la gestion, sous peine, à l'instar du gérant, d'être responsables pour leur propre fait, in infinitum sur leurs ressources personnelles ; on considère celui qui agit, comme tenu au tout, pour n'être tenu que dans la mesure de son apport, il faut rester spectateur.

Tels étaient les résultats de l'ordonnance de 1673 : séparation entre la commande de commerçants à

(1) Saleilles, *op. cit.*, n° 25.
(2) Savary, *Le Parfait négociant*, I, 2e part. 23, 24. Troplong, *op. cit.*, n° 388.

commerçants et celle de commerçants à particuliers d'où :

1° reconnaissance du caractère de société à la première, donc création de la commandite ;

2° Distinction au point de vue de la publicité entre ces deux formes de la commande, et exigence de l'enregistrement seulement pour la première ;

3° confirmation pour les commanditaires du principe de la responsabilité limitée à l'apport.

L'ordonnance de 1673 se taisait sur la commande en tant que simple participation d'un particulier aux entreprises commerciales d'un négociant.

Elle n'avait pas exigé la publicité pour cette dernière, elle ne le pouvait pas pour des raisons à la fois *économiques et sociales*, mais *non* juridiques. De bonne heure il y avait eu un fort engouement du public pour la commande, les commerçants y avaient trouvé un moyen commode de s'associer entre eux ; les particuliers, eux, y avaient vu un moyen avantageux de placer leurs capitaux, et le caractère occulte de la commande devait attirer la classe sociale la plus riche d'alors, la noblesse qui ne pouvait s'adonner au commerce sous peine de dérogeance, elle y trouva un moyen facile de faire fructifier ses capitaux et de s'intéresser au mouvement économique des pays sans rompre en visière avec ses préjugés.

Il y avait là pour les commerçants, une source précieuse de capitaux, en effet, nous dit Jousse en parlant de la commande : « Le plus souvent ces sortes de société se font avec des personnes qui ne sont point négociants par état, avec des officiers et des personnes de distinction (1). »

(1) Jousse, introduction au titre IV de l'ordonnance de 1673.

Le petit commerçant, dépourvu de capitaux lui permettant d'exploiter plus fructueusement son commerce, trouvait chez ces personnes des bailleurs de fonds, d'autant plus disposés à lui apporter des capitaux qu'ils ne pouvaient guère en tirer profit *que* de cette façon, et qu'en réalité, la plupart du temps, il s'adressait à des gens au courant de sa situation et ayant toute confiance en lui.

Exiger la publicité pour cette forme de la commande, exiger que les apporteurs se fassent connaître aux tiers c'eût été écarter de cette forme sociale de commercer tous ses bailleurs de fonds habituels, le législateur se garda bien d'une telle réforme dont les conséquences économiques eussent été désastreuses. D'ailleurs nous sommes au siècle de Louis XIV, cette réforme atteignant la noblesse était presque impossible. Les mœurs de l'époque s'y opposaient et les pouvoirs publics n'étaient-ils pas occupés par la classe à laquelle il s'agissait de retirer un avantage?

Pour ces diverses raisons, l'ordonnance de 1673 laisse dans l'ombre la commande entre particuliers et négociants et se garde bien d'exiger pour elle la publicité, elle devient la commande occulte, que M. Saleilles appelle commandite participation.

L'ordonnance de 1673 a-t-elle créé deux sociétés différentes? si oui, deux questions se posent :

1° *Quelles sont les différences désormais admises entre la commandite participation et la commandite société?*

2° *Quel est le criterium de la distinction admise entre elles?*

B) Aujourd'hui la grande différence qui les sépare est que le participant, n'étant pas un associé vis à vis des

tiers, n'est pas responsable, même pas dans la mesure de son apport (1).

Or, (2) « il semble bien que l'ordonnance de 1673 ait eu pour objet de poser le principe de la responsabilité *limitée* à l'encontre de quiconque fournissait de l'argent à un négociant en vue de son négoce, c'est à dire de l'ensemble de ses entreprises, et avec convention de partage de bénéfices.

« Sans cela on comprend facilement que l'ordonnance n'eût abouti à aucun résultat sérieux ; car la plupart des commandites, à cette époque surtout, se faisaient sous forme de participation, en vue précisément de garantir l'incognito aux personnes de qualité qui se faisaient commanditaires. »

Mais, seules, les commandites entre négociants devaient être enregistrées, les commandes entre un négociant et des particuliers en étant dispensées.

« Dès lors, si l'on eût admis la *nécessité de l'enregistrement* comme criterium de distinction entre la commandite société et la commandite participation, toute la portée de l'ordonnance eut été définitivement ruinée par la bonne raison que la plupart des commandites se faisaient entre un *négociant* et des individus *non commerçants* qui voulaient faire le commerce sous le nom d'un autre.

« Et de fait, nous savons fort bien que cette distinction n'est pas admise et que les commandites formées entre marchands et particuliers sont traitées comme les commandites sociétés, impliquant responsabilité des commanditaires et non comme des participations faisant

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 530.

(2) Saleilles, *op. cit.*, n° 28.

de ces derniers à l'égard des tiers de simples créanciers (1). »

Savary, d'autre part, signale les fraudes très fréquentes, dans le cas de commande entre négociants et particuliers, il les déplore et se demande si, pour y remédier, il ne faudrait pas exiger la publicité pour tous les cas de commande, même entre *négociants et particuliers ;* mais il finit par renoncer à cette idée et revient à la distinction de l'ordonnance de 1673 (2).

Il justifie l'ordonnance en estimant qu'il n'y a pas moyen de déraciner l'abus, sans commettre l'erreur économique signalée plus haut, « sans indisposer et éloigner les bailleurs de fonds habituels de commandes : les nobles ou gens de robe, qui, voyant dans le commerce une cause de dérogeance, tenaient à cacher leur intervention dans les affaires mercantiles (3) ».

α) M. Saleilles en conclut que même non autorisées et même dispensées d'enregistrement au cas où elles avaient lieu entre négociants et particuliers, les commandes n'étaient pas de simples participations, mais *de véritables sociétés* impliquant *comme les autres* la responsabilité des bailleurs de fonds (4).

Mais quand nous trouverons-nous en présence de simples participations ?

M. Saleilles nous en donne l'explication.

« A supposer que la participation existât encore, il

(1) Saleilles, *op. cit.*, n° 28.

(2) Savary, *Le Parfait négociant*, 2e part., liv. I, ch. 1 (I, 2e part., 23-24).

(3) de Pelsmæker, *op. cit.*, 19.

(4) En réalité, cette responsabilité était souvent illusoire, la reconnaissance en dépendait de la bonne foi des parties, aucun moyen ni preuve ne pouvait établir leur qualité d'associé ; la plupart du temps, en effet, comme en Italie, les associés étaient inscrits sur les registres du négociant comme simples créanciers.

est certain que le signe de distinction entre la participation et la commandite n'était pas la dispense d'enregistrement, puisque les commandites même dispensées d'enregistrement sont traitées, nous venons de le voir, comme de véritables sociétés, sauf question de preuve à fournir, par conséquent sous la condition de prouver l'existence d'un lien de société.

« De sorte qu'il me semble bien résulter de là que le signe caractéristique de la participation était un criterium aujourd'hui repoussé par la plupart des auteurs comme criterium de la participation moderne, mais qui me paraît bien avoir été le seul possible en ancien droit sous l'empire de l'ordonnance de 1673.

« En effet, aujourd'hui on déclare qu'il y a participation lorsque le caractère de société est resté une convention occulte entre les intéressés, non destinée à être connue des tiers et ne devant pas avoir d'effet à leur égard. Il peut en être ainsi aujourd'hui où toute commandite doit être publiée ; mais nous venons de voir qu'en ancien droit *depuis 1673*, il ne *suffisait pas* qu'une société commandite eût *voulu* rester occulte pour qu'elle fût acceptée comme participation. On avait le droit de la traiter comme société même vis à vis des tiers, sauf question de preuve à la charge de ces derniers. Donc on ne pouvait plus dire que ce fût l'intention et le fait d'occultanéité qui puissent être le criterium de la participation (1).

« Et alors je ne vois plus pour cette dernière que le criterium suivant, qui serait le *caractère isolé* de l'opération, ce serait une société formée pour une opération isolée, et non pour un ensemble d'entreprises ; donc,

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, nos 521 et 522.

société *accidentelle et provisoire*, et non société permanente ».

« Ce criterium, tiré de l'opération isolée, n'est plus admis aujourd'hui et avec raison ; sous l'ancien droit il semble bien, soit au point de vue de l'interprétation des textes, soit en se fondant sur les usages, tels que Savary nous les rapporte, que ce soit le seul criterium possible.

« Nous aboutissons donc ainsi à cette triple classification :

« 1° *La société anonyme*, ou participation, qui est une commandite occulte restreinte à une affaire déterminée, et dans laquelle le participant n'est tenu d'aucune responsabilité ;

« 2° *La commandite entre un négociant et particuliers non commerçants*, laquelle reste une commandite occulte, puisqu'elle n'est pas enregistrée, mais qui cependant est une commandite-société, avec responsabilité des commanditaires ;

« 3° Enfin, la *commandite entre négociants* qui est une société publique et enregistrée (1). »

Donc, pour M. Saleilles, la société anonyme ou association en participation n'existe que lorsque la commande est occulte, n'a pour objet *qu'une affaire déterminée*, avec absence totale de responsabilité de la part des bailleurs de fonds.

β) Or, tous les anciens auteurs, quand ils parlent de l'association en participation, citent parmi ses applications d'autres cas que ceux d'une affaire déterminée et s'appliquant à un ensemble d'opérations ou à une entreprise continue.

(1) Saleilles, *op. cit.*, nos 29 et 30.

M. Saleilles nous semble exagérer quand il prétend que parmi les exemples de participation tous se réfèrent à des opérations isolées.

Citons seulement pour prouver le contraire, un passage de Guyot, où après nous avoir défini l'association en participation, il ajoute : « Il y a *aussi* une *sorte* de société anonyme qu'on appelle momentanée, elle a lieu quand les acheteurs qui se trouvent à une vente de meubles conviennent d'être réciproquement de part dans tous les achats que chacun d'eux fera et qu'il en sera fait masse après la vente (1). »

Pour Pothier, également, la société momentanée n'est qu'une *variété* de la participation (2) et Savary, lui-même, dans ses Parères parle d'une participation qui a pour objet l'exercice d'un commerce *continu* de vins et d'eau-de-vie (3).

Donc, l'association en participation pouvant faire l'objet, et le faisant en réalité, d'une entreprise continue, on ne peut prétendre, la distinguer des société voisines, par le caractère restreint des opérations auxquelles elle s'applique.

A part les constatations des anciens auteurs qui nous paraissent une preuve suffisante et irréfutable, il semble difficile d'admettre que le caractère distinctif d'une institution se trouve dans son application au lieu de résider dans l'essence elle-même de l'institution ; il nous semble difficile de caractériser la nature d'une société par les opérations qu'elle régit, d'admettre que le caractère restreint d'une opération traitée sous telle forme de société soit l'élément constitutif de la nature de cette

(1) Guyot, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, V. société, 328.
(2) Pothier, *Du contrat de société*, nos 61 et 62.
(3) Savary, II, Parère 55, 469.

société. La société anonyme ne doit donc pas se caractériser par son application, le caractère isolé de l'opération qu'il s'agit de mener à bout ne saurait être en lui-même un élément juridique constitutif de la nature d'un institution, en notre espèce, d'une société.

Donc, ce que M. Saleilles appelle *la commandite entre un négociant et des particuliers* n'est autre chose qu'*un* des cas d'application de l'association en participation, elle *peut* être momentanée, elle l'*est* même très souvent, mais elle *peut* très bien *ne pas* l'être et en réalité elle ne *l'est pas* toujours ; elle se révèle sous plusieurs modalités et ce n'est pas une raison parce qu'une institution a différents cas d'application pour transformer chacun d'eux en une autre institution, nouvelle et indépendante (1).

C) En admettant toujours la triple classification signalée précédemment, savoir : *commandite publique*, *commandite occulte et société en participation*, quel serait le criterium entre les deux dernières ?

α) On ne peut répondre par le principe de responsabilité et dire : toutes les fois qu'on pourra poursuivre les bailleurs de fonds, quoique occultes et sur la preuve de leur existence, jusqu'à concurrence de leur apport, il y aura commandite occulte ; toutes les fois que les tiers ne pourront poursuivre les bailleurs de fonds occultes, il y aura participation.

On ne peut raisonner ainsi, c'est répondre à la ques-

(1) M. Poulle, dans son traité, pose en principe que dans l'ancien droit l'association en participation était momentanée et que c'était là son caractère distinctif, mais les textes sur lesquels il raisonne disent nettement le contraire ; v. p. 14 de son ouvrage, nos 38, et les nos précédents 34 à 38. Les anciens auteurs disent seulement que c'est souvent le cas pour la participation d'être momentanée. Savary dit ceci : « La société anonyme s'appelle *aussi* momentanée parce que souvent elle ne dure qu'autant de temps qu'il en faut pour acheter et pour partager les marchandises. »

tion par la question: pourquoi précisément dans le second cas, les bailleurs de fonds ne sont-ils pas responsables ? Ce n'est pas parce qu'ils traitent avec le gérant une opération restreinte, ce ne serait pas une raison ; on ne saisirait pas trop le motif de cette différence entre l'opération isolée et l'entreprise continue. Sans doute les bailleurs de fonds ne sont pas responsables dans la société anonyme, mais pourquoi, et quand existe cette société ?

Le caractère occulte ne pourrait davantage, dans la classification proposée, être pris pour criterium puisqu'il est reconnu aux *deux* formes de la société qu'il s'agit de distinguer.

Sera-ce *l'immixtion ou non* des associés dans la gérance de l'entreprise qui fera que l'association est une commandite ou une participation, dira-t-on en somme ceci : on a exigé la publicité de la commande entre négociants parce qu'en réalité, tous les associés jouaient un rôle actif dans l'entreprise et on a abouti alors à la commandite ; on ne l'a pas exigée pour la commande entre marchands et particuliers, parce qu'en réalité ceux-ci se contentaient de toucher les bénéfices et ne s'immiscaient pas dans la gérance, et on a abouti à l'association en participation.

Mais, alors il ne devrait plus y avoir que *deux* sociétés dérivées de l'ordonnance en 1673, et non trois : commandite publique, commandite occulte, et société en participation ; les deux derniers cas doivent se confondre en un seul ; participation occulte opposée au premier, commandite publique.

Il nous semble que M. Saleilles est parti d'une idée inexacte. En effet, il nous dit ceci : « Nous savons fort bien que les commandites formées entre marchands et

particuliers sont traitées comme les commandites sociétés, impliquant responsabilité des commanditaires et non comme des participations faisant de ces derniers à l'égard des tiers de simples créanciers. »

Or il nous semble que la commande formée entre négociants et particuliers ne pouvait constituer une société au même titre que la commandite proprement dite ; elle ne le pouvait, car en ce cas, les particuliers, du moins dans leur rôle normal, ne dirigeaient pas l'entreprise, ils apportaient leurs capitaux et *c'était tout ;* les tiers n'avaient aucunement affaire à eux, ils restaient d'ailleurs soigneusement cachés, on ne les considérait pas comme de véritables associés, leur rôle n'étant que passif ; la commande entre commerçant et particuliers n'était donc *pas une société.*

Mais, le bailleur de fonds pouvait dans la réalité, et, alors, contrairement au rôle normal qu'il aurait du jouer, prendre une part effective à la direction de l'entreprise, on ne considérait plus sa qualité de non commerçant, mais celle nouvelle d'associé, et si les tiers parvenaient à démontrer son immixtion, il était déclaré responsable et poursuivi par les créanciers comme s'il avait fait partie d'une commandite.

C'est seulement dans ce cas qu'on pouvait dire que la commande entre négociants et particuliers était traitée comme celle entre négociants, et encore, il s'agit là d'une commande entre négociants et particuliers *faussée* ; en outre l'application des règles de la commandite n'était-elle faite *que* pour l'associé fautif d'immixtion ?

D'autre part, M. Saleilles, toujours pour aboutir à sa classification tripartite, nous dit : « Il ne suffisait pas qu'une commandite eût voulu rester occulte pour qu'elle constitue une participation. »

Sans doute, mais ceci ne saurait s'appliquer qu'à la commande entre négociants seulement ; en effet, il ne pouvait suffire que des négociants s'associant entre eux sous forme de commande eussent voulu rester pour une part dans l'ombre pour que leur association soit une association en participation, et ceci, après l'ordonnance de 1673. Mais si la commande intervenait entre négociant et particuliers et que ces derniers veuillent rester occultes, il nous semble que cette circonstance *suffisait* à faire de leur association, une association en participation.

Nous en arrivons donc à conclure que la seconde société : commandite occulte, indiquée par M. Saleilles n'existe pas et qu'en réalité il ne s'agit dans cette seconde forme sociale que d'une association en participation détournée de son but par un de ses membres s'immisçant dans la gérance, en somme que d'une *commandite déguisée*.

β) En réalité, l'ordonnance de 1573 n'a fait de l'ancienne commande que *deux* institutions :

1° la *commandite* : c'est à dire la commande entre négociants que le législateur a rendue publique pour permettre aux créanciers sociaux de déjouer les manœuvres frauduleuses des associés en s'appuyant sur le principe de responsabilité basé sur leur qualité réelle d'associé venant de leur part active et effective ;

2° la *société anonyme* ou l'*association en participation* : c'est à dire la commande entre négociant et particuliers, qu'on n'a pas considérés comme associés par suite de leur part passive dans l'association, que par conséquent on n'a pas jugé responsables vis à vis des tiers et dont, en fin de compte, on n'a pas exigé la publicité ; telle est pour cette dernière, la raison juridique du maintien de son caractère occulte, (nous avons vu plus

haut les raisons économiques et sociales qui militaient en faveur de son maintien), caractère occulte qui est le caractère distinctif et le *seul* de l'ancienne société anonyme comme de l'association en participation actuelle.

Chacune de ces deux formes évoluera sans doute plus tard, leurs cas respectifs d'application se multiplieront, mais peu importe, telle est leur formation historique, telle est l'origine de l'association en participation qui, ainsi que nous le disions plus haut, ne se différencie nettement des autres modes de société qu'après l'ordonnance de 1673.

Son caractère essentiel, est et restera l'*occultanéité*, dont bénéficient ses bailleurs de fonds ; nous n'en voulons, pour ce qui se passe de nos jours, comme preuve, que ce fait : un individu veut faire fructifier ses capitaux en les apportant à un autre qui les exploitera en échange d'une participation aux bénéfices : ou il le fait publiquement et c'est alors la commandite, ou il le fait en secret, c'est la participation avec toutes ses conséquences.

D) En résumé : *au* XVII^e^ *siècle*, en France, la participation ou société anonyme présente les carctères suivants : dans les rapports des participants entre eux, de l'avis de tous les juristes, elle constitue un *contrat de société*. Cette société, de même que la Participation italienne n'implique pas nécessairement l'existence d'un fonds commun indivis entre ses membres, mais seulement l'existence d'un compte de bénéfices et de pertes.

La participation a perdu dans l'ancien régime français un de ses caractères originaires, au point de vue des risques que doivent courir entre eux les associés ; « dans l'ancienne commande, comme dans la participa-

tion gênoise, la responsabilité du participant, vis à vis de ses coassociés, était limitée au montant de sa mise. L'ancien droit français n'admet la limitation de responsabilité qu'au profit du commanditaire et la refuse au participant (1).

« Dans la société anonyme, dit Pothier, l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société, au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en société (2). »

Le participant, s'il l'est pour un quart, par exemple, sera tenu d'un quart du passif, vis à vis de ses associés, alors même que ce quart dépasserait sa mise de fonds, tandis que le commanditaire sera tenu du passif, également dans la proportion de sa part de bénéfices, mais sans qu'on puisse dépasser le montant de son apport.

« Au point de vue externe, c'est à dire au regard des tiers, la participation n'a juridiquement aucune existence; elle est inconnue; les participants sont irresponsables, seul l'associé qui a traité en nom est obligé (3). »

Ce qu'il importe, c'est que le participant ne s'immisce pas dans la gestion, sinon, les tiers en prouvant cette immixtion peuvent poursuivre l'associé fautif, assimilé alors au gérant.

Si les participants traitent conjointement avec le gérant, ils sont solidairement tenus ; si plusieurs achètent ensemble en société, ils sont solidaires.

(1) de Pelsmæker, *op. cit.*, 21.
(2) Pothier, *Contrat de société*, nº 63 ; Guyot, *op. cit.*, V. Société, 328.
(3) de Pelsmæker, *op. cit.*, 23.

Enfin la participation peut être momentanée, elle l'est même très souvent, mais elle ne l'est pas nécessairement, elle est avant tout et essentiellement une société *clandestine*.

Section IV. — *Code de commerce de 1808*

M. de Pelsmæker (1) pour définir l'œuvre du législateur de 1808 nous dit : « Reprenant et complétant l'œuvre de l'ordonnance de 1673, le Code, en vue de détacher définitivement la commandite de la participation, prescrit que toute commandite généralement quelconque soit *publiée*, peu importe la profession des fondateurs .»

« Désormais toute commandite sera publiée », nous dit également M. Saleilles à la fin de son étude sur *l'Histoire de la Commandite* ; si on admet sa classification tripartite, l'explication est fort simple : autrefois il y avait deux commandites, l'une occulte entre négociant et particuliers, l'autre publique ; le législateur de 1808 a innové en ce sens qu'il a prescrit la publicité pour les deux formes. Fort bien, mais nous avons démontré, ou du moins nous croyons l'avoir fait, le néant de cette triple classification, et qu'en réalité il n'y avait que *deux* classes de la commande à distinguer : la forme occulte entre négociants et particuliers, la forme publique entre négociants ; si on prétend que le législateur a exigé la publicité pour les deux, il doit avoir supprimé purement et simplement la participation, or il est incontestable qu'il ne l'a pas fait puisqu'il la régit.

(1) de Pelsmæker, *op. cit.*, 23.

Quant à M. Pelsmæker, non seulement il nous semble commettre la même erreur en disant que « le code prescrit que toute commandite sera publiée, *peu importe la profession des fondateurs* », mais encore il nous semble en contradiction avec lui-même, puisqu'il admet que le caractère occulte est l'élément essentiel de la participation ; si, déjà au XVII^e^ siècle, le signe distinctif de la participation était son caractère occulte et celui de la commandite : la publicité, qu'a donc fait le législateur en prescrivant que toute commandite généralement quelconque sera publiée ? A la participation occulte, telle que la définit M. de Pelsmæker ne s'oppose qu'une chose, la commandite publique.

Comment expliquer que de nos jours, de simples particuliers entrent dans une commandite, que d'un autre côté, dans quelques cas, la participation intervienne entre commerçants ? Il y a forcément une modification de l'ancien état de choses, et cette modification, est-ce le code qui l'a faite ?

Sans doute, ces modifications existent, mais l'explication nous en semble fort simple : le législateur n'a pas prescrit que tout particulier qui voudrait tirer profit de ses revenus en les apportant à un commerçant les exploitant en échange d'une part de bénéfices, serait tenu de le faire publiquement et de révéler aux tiers le chiffre de son apport ; non le législateur ne lui impose pas la commandite, mais il *ne la lui interdit pas*, purement et simplement.

En effet, un particulier peut préférer l'apport public à l'apport occulte, et voici pourquoi.

L'apport occulte offre évidemment de grands avantages en ce sens qu'il permet d'éviter toute responsabilité vis à vis des tiers, ce qui n'a pas lieu pour le

commanditaire qui est tenu vis à vis d'eux, au moins jusqu'à concurrence de son apport.

D'un autre côté, dans la participation, vis à vis de ses coassociés, la responsabilité du participant est plus étendue que celle du commanditaire, le participant pourra être tenu au delà de sa mise, le commanditaire ne le sera jamais que jusqu'à concurrence de son apport.

Un particulier, devant l'aléa de la participation, peut préférer la commandite, il adhérera à celle-ci et y fera son apport publiquement.

C'est ce qui arrivait déjà au XVIII^e^ siècle, la commandite pouvait évidemment intervenir entre négociants et particuliers, mais toujours l'apport était public. Le législateur de 1808 n'a pas fait grande innovation, il n'a fait que consacrer d'une façon plus générale ce qui existait dans la pratique sous forme d'exception.

D'autre part, actuellement, il n'est pas rare de rencontrer des participations formées exclusivement entre négociants, comment expliquer ce fait ?

Indéniablement ces participations peuvent actuellement se former, le législateur n'en exigera pas *de plano* la publicité, mais sous condition expresse que les associés agiront isolément et pour leur propre compte aux yeux des tiers, c'est sa seule innovation.

Dans l'ancien régime on avait requis la publicité des commandes entre négociants parce qu'en réalité ces derniers agissaient publiquement comme associés aux yeux des tiers, se comportaient, au fond, comme des associés en nom collectif ; ce n'est donc pas, à proprement parler, la profession elle-même de l'associé qui en faisait un commanditaire plutôt qu'un participant, c'était pour lui l'*acte public d'associé*.

Aujourd'hui encore d'ailleurs, si des participants-commerçants se comportent vis ă vis des tiers de telle sorte que ces derniers soient amenés à traiter avec une association et non avec de simples particuliers, ces participants pourront être poursuivis selon les cas, soit comme commanditaires, soit comme associés en nom collectif.

Le législateur de 1808 n'a fait en somme que dégager définitivement le vrai criterium de la participation et le séparer de sa cause.

En réalité, il ne faut pas se leurrer de principes, la participation et la commandite se ressemblent étrangement, la participation n'est même qu'une commandite déguisée dans le cas, le plus fréquent, où elle intervient entre un négociant et de simples capitalistes ; son caractère occulte seul la différencie, mais il est plus un élément de fait qu'un caractère juridique, nous connaissons les raisons de sa survivance, tantôt intentions frauduleuses, tantôt simples préjugés.

Pour des raisons *économiques*, le législateur ne pouvait toujours exiger la publicité, pour des raisons de fait, il ne le pouvait pas non plus ; il était en effet dans l'impossibilité matérielle d'empêcher que des individus apportent leurs fonds en secret à une société, car cela se passait à son insu.

Ce législateur ne pouvait supprimer cette forme occulte, il la réglementa laissant aux participants en avantage : leur *irresponsabilité* vis à vis des tiers, avantage qu'il ne pouvait leur retirer de par la nature occulte de la participation.

D'un autre côté, il ne leur accordait pas l'avantage qu'il accorde aux commanditaires : la responsabilité des associés entre eux *limitée* à leur apport.

Telle nous semble l'histoire de l'association en partici-

pation. Le Code de commerce qui la réglemente lui applique purement et simplement les règles de l'ancien droit (1).

(1) Nous n'avons pas cru devoir réserver une section spéciale à la législation comparée. Notre but était d'étudier des questions que nous jugions nouvelles, il était également d'étudier la participation dans la pratique, indépendamment des textes qui la régissent; d'une façon comme de l'autre, le droit étranger ne pouvait nous être utile, aussi ne nous sommes-nous bornés qu'à de brefs renvois. Pour la législation belge, v. de Pelsmæker, *op. cit.*, 35 et s.; il est toutefois intéressant de signaler que celle-ci distingue deux sortes de participation, la participation momentanée, et la participation à durée illimitée. Il en est de même dans le Code autrichien, art. 250 et s. Cette constatation a son importance dans notre thèse dont le but est précisément d'assigner une limitation de durée à la participation.

Le Code allemand et le Code autrichien contiennent une réglementation beaucoup plus détaillée que la nôtre : ils règlent les propriétés des mises, les droits des participants, la contribution aux pertes, la situation des participants en cas de faillite du gérant, etc.

En Angleterre, la législation est différente de celle du continent, le participant qu'on appelle « sleeping ou silent partner » est tenu personnellement et solidairement envers les créanciers, dès que ceux-ci parviennent à prouver sa qualité d'associé. C'est ce que nous voulons nous-mêmes proposer en France, en nous basant sur la théorie du patrimoine d'affectation.

Pour les autres législations et pour plus de détails, v. Poulle, *op. cit.*, 219.

DEUXIÈME PARTIE

NATURE ET CARACTÈRES DISTINCTIFS DE LA PARTICIPATION

Le Code de commerce subit l'association en participation, mais il la réglemente mal : son laconisme est tel qu'il ne saurait suffire, à lui seul, à déterminer la véritable nature juridique de l'association en participation.

Les règles qui régissent les applications d'une institution ne dépendent pas de la souveraine fantaisie du législateur, mais de l'intime essence juridique de cette institution, c'est pourquoi avant d'étudier ses applications devons-nous rechercher quel est le principe général qui la gouverne.

Section I. — *La participation est occulte*

Pendant fort longtemps, la rédaction du Code de commerce sur la participation fut la source facile d'abondantes controverses. La question de la nature et du caractère distinctif de l'association en participation, entre autres, était devenue classique ; on peut la considérer comme

définitivement tranchée aujourd'hui, tant par la doctrine que par la jurisprudence.

L'exposé de cette discussion et l'évolution de la jurisprudence en l'espèce ont été tracés déjà bien des fois pour qu'il soit utile d'y revenir ; la solution est depuis longtemps acquise, aussi nous bornerons-nous sur ce point à renvoyer purement et simplement aux ouvrages qui ont exposé la controverse (1).

Jurisprudence et doctrine sont fixées de longue date et d'accord pour admettre que le caractère distinctif de l'association en participation, que son criterium vis à vis des autres sociétés, est son caractère *occulte* (2).

Est donc une association en participation : toute forme

(1) Poulle, *op. cit.*, nos 41 et suiv. Fuzier-Hermann, *Répertoire du droit français*, V. Société en participation, nos 16 et suiv. Vavasseur, *Sociétés civiles et commerciales*, I, 148. Thaller, *Traité de droit commercial*, nos 472 et suiv.

(2) Alauzet, *Commentaire du Code de Commerce et de la législation commerciale*, I, no 407 ; Delamarre et Lepoitevin, III, nos 30 et 32 ; Bédarride, *Des Sociétés*, II, no 431 ; Boistel, *Manuel de droit commercial*, no 366 ; Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, II, nos 178 et suiv. ; Vavasseur, *op. cit.*, II, nos 315 et 315 *bis* ; Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, V. Société, no 1414 ; Ruben de Couder, *Dictionnaire du droit commercial*, V. Société en participation, nos 5, 29 et suiv. Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, II, nos 552 à 555 ; Lyon-Caen et Renault, II, no 1053 ; Poulle, *op. cit.*, no 54 ; Thaller, *op. cit.*, no 374 ; Houpin, II, no 245 ; de Pelsmæker, *op. cit.*, no 12 ; Pic, *Des Societés commerciales*, I.

Dans le même sens, voir comme jurisprudence : Cass., 30 juillet 1877 (S. 77, I, 473) ; — Cass., 26 août 1879 (S., 1879, I, 454) ; — Poitiers, 22 déc. 1887 (S., 88, II, 1) ; — Douai, 15 juil. 1892 (le Droit, 2-3 nov. 1892) ; — Marseille, 22 juil. 1892, Alger, 2 juin 1892, (A. C. 1893, 418) ; — Cass., 27 juin 1893 (S., 94, I, 25) ; — Saint-Sever, 15 déc. 1898 (*Gaz. Pal.*, 17 janv. 1899) ; — Cass., 23 déc. 1895 (S., 96, I, 533) ; — Seine, 24 avril 1900 (*R. S.*, 1900, 528) ; — Paris, 5 déc. 1900 (*R. S.*, 1901, 107 ; *J. S.*, 1901, 260) ; — Seine, 16 déc. 1901 (A. C. 1902, 97) ; — Vervins, 31 juillet 1902 (D. 1903, II, 425) ; — Paris, 21 mars 1903 (D. 1906, II, 96) ; — Cass. Req., 28 avril 1904 (D. 1906, I, 209) ; — Seine, 29 av. 1904 (*Gaz. Pal.*, 29 avril 1904) ; — Lyon, 23 déc. 1904 (*J. S.*, 1905, 495) ; — Paris, 27 juin 1905 (*R. S.*, 1905, 101) ; — Marseille, 3 juil. 1905 (*R. S.*, 1906, 256) ; — Douai, 28 juillet 1906 (*J. S.*, 1907, 434 ; D., 1908, V, 13).

sociale de faire le commerce composée d'une part, d'un *gérant* qui peut ou non être un associé, qui a la direction de l'entreprise et traite seul en nom avec le public ; d'autre part, d'un nombre quelconque de bailleurs de fonds dont l'existence *n'est pas* juridiquement révélée aux tiers par la publication de leurs noms et du chiffre de leurs apports, dont les capitaux, non pas prêtés, mais apportés secrètement en société, permettent à l'entreprise d'être menée à ses fins ; ce sont les *participants*, rémunérés, toujours à l'insu des tiers, par une part des bénéfices proportionnée à leurs mises de fonds respectives et à un taux convenu entre les parties. Constitue également une participation le contrat intervenu entre plusieurs individus pour faire le même commerce, mais à la condition que ce contrat reste ignoré des tiers, que chacun des participants agisse isolément sauf réglementation postérieure entre eux tous. Tel est le criterium certain de l'association en participation : l'*occultanéité* dans laquelle sont apportés les capitaux ; dès l'instant où cet apport est rendu au public, la forme sociale, qui est la même au fond, prend le nom de commandite.

Commandite, société en nom collectif, parfois, participation sont en somme la même institution, tantôt publique, tantôt cachée ; mais précisément, de chacun de ces caractères opposés sont issues des règles tellement différentes qu'elles ont fini par constituer des formes sociales nettement dissemblables et qu'on tendit de plus en plus à considérer non plus comme des applications variées d'un même principe, mais bien comme des institutions indépendantes. Ne perdons donc pas de vue les rapports étroits qui unissent la commandite et la participation et n'oublions pas que cette dernière n'est autre chose qu'une commandite déguisée. La partici-

pation n'est au fond, que la forme secrète de la commandite, comme aussi parfois de la société en nom collectif, elle n'est donc pas une institution indépendante.

Autrefois de son caractère principal, association entre capital et travail, on avait tiré pour la commande toute sa réglementation.

Aujourd'hui, ainsi qu'il en était déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1673, du caractère essentiel et constitutif de la participation, son caractère occulte, on a déduit toutes les règles qui doivent régir cette forme sociale ; on en déduit diverses conséquences, qu'on peut appeler caractères de la participation, mais qui ne sont en somme que les rigoureuses applications d'un seul et unique principe.

Une des premières, et la plus naturelle, évidemment, est le *défaut* de toute publicité de la participation. Cette société, disent la plupart des auteurs, bénéficie de faveurs législatives spéciales, la loi ne lui impose pas les formalités de publicité exigées en 1867 pour les autres formes telles que la commandite, la société en nom collectif ou la société anonyme ; et M. Poulle de se demander « si la loi du 24 juillet 1867 n'a pas modifié l'article 50 du Code de commerce (1) », de nous citer comme ayant résolu dans « son sens » ce problème difficile, de multiples arrêts de la Cour de cassation (2) ; et M. Saglier de penser que « deux motifs ont déterminé le législateur à édicter cette dispense : la simplicité de l'objet habituel de ces associations et la considération de l'urgence, car

(1) Poulle, *op. cit.*, nº 60, 30.

(2) Cass, 21 juin 1864, S. 64, I, 317 ; Paris, 27 mars 1866, T. C. (Rousseau et Camberlin, *Journal des Tribunaux de commerce*), 16, 93 ; Paris, 27 janv. 1876 (S., 80, II, 11) ; Cass., 30 juil. 1877 (S., 77, I, 473) ; Nancy, 13 juil. 1886. (*Revue des sociétés*, 1886 502 et suiv.)

elles sont le plus souvent contractées pour recevoir une exécution immédiate (1) » ; le législateur, lui-même, semble donner raison à ces auteurs et faire croire qu'il met la participation sous sa protection toute spéciale, quand il dit dans l'article 50 du Code de commerce : « Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. »

Il ne faudrait cependant pas jouer sur les mots et tourner dans un cercle vicieux : la participation est occulte parce que dispensée de publicité et dispensée de publicité parce qu'occulte.

Cette prétendue faveur, « dispense » de publicité, n'en est pas une. Comment concevoir la publicité d'une association dont l'élément constitutif est son caractère occulte ? On aurait mauvaise grâce à insister sur ce point : il y a une contradiction évidente entre la participation et la publicité, la soumettre à la loi de 1867 aurait été purement et simplement la faire *disparaître*, l'interdire, la transformer en commandite ou société en nom collectif et ériger en délit toute constitution secrète de capitaux.

Ce prétendu second caractère, cette prétendue conséquence n'existent *pas* et ne font qu'un seul tout avec le caractère constitutif de la participation.

Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés, dit le législateur ; mais cela va de soi, le Code n'érige pas une règle, l'art. 50 du C. Co. n'est donc pas une faveur spéciale ; il ne fait qu'une constatation, elle était même inutile, et le législateur eût beaucoup mieux

(1) Saglier, *Des associations commerciales en participation*, 105.

fait, ce qui eût été sûrement plus logique, d'énoncer ce truïsme : « Les associations commerciales en participation sont occultes. »

Comme conséquence, toute liberté sera laissée aux parties dans la formation des sociétés en participation; ne disons donc pas davantage que l'article 48, du Code de commerce, est une mesure de faveur prise par le législateur au bénéfice de la participation pour des motifs dans le genre de ceux que nous indiquait M. Saglier. Pas plus que le législateur ne saurait réglementer la rédaction des contre-lettres secrètes, notariales ou autres, pas plus il ne pouvait imposer telles ou telles formes à la constitution d'une société occulte ; si les parties constituent leur société en secret, elles peuvent évidemment le faire comme elles le veulent, « pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts et aux conditions » qui leur plairont sans autres conditions que leur libre fantaisie, sauf bien entendu violation de l'ordre public.

Comme l'article 50, l'article 48 *in fine* n'est pas une mesure d'exception, il ne fait que constater et que *permettre* ce qu'il ne pouvait empêcher.

Puisqu'il était de l'essence de la participation d'être occulte, et de ne pas se révéler par une rédaction quelconque, afin de permettre la preuve de son existence pour en tirer tels avantages que de droit, le législateur devait être très large dans l'admission des moyens de preuve; sinon, en cas de contestation, comment l'existence de l'association aurait-elle été reconnue ? Il fallait qu'elle puisse être prouvée facilement, et toujours, comme conséquence immédiate et indispensable de l'occultanéité de la participation, le législateur de 1808 ne pouvait faire autrement que rédiger l'article 49 du Code de

commerce : Les associations en participation, peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peutêtre admise. »

Une autre conséquence de ce que le caractère occulte est l'élément constitutif de la participation, sera que, contrairement à d'anciennes opinions, cette société pourra être de *longue durée*, avoir lieu pour des entreprises *générales* et non seulement pour une opération déterminée et momentanée.

Déduisons enfin les autres conséquences du caractère occulte : 1° le gérant sera seul créancier ou débiteur vis à vis des tiers ; 2° la participation ne pourra avoir de raison sociale ; 3° ni de siège social ; 4° elle ne pourra pas être une personne morale.

A) Le gérant ne traite ni au nom d'une société, qu'on ne connaît d'ailleurs pas, ni comme mandataire d'autres personnes, « il doit traiter en son nom personnel, agir comme s'il n'avait pas d'associés, comme s'il était seul : stipuler pour lui, *n'engager que lui*. Les participants, qui existent à côté de l'associé en nom, *c'est à dire le gérant*, doivent juridiquement rester inconnus des tiers, s'abstenir de contracter conjointement avec le gérant, de paraître soit en personne, soit en tant que mandants, dans les contrats passés avec lui (1) »

Cela se conçoit aisément puisque les participants sont occultes.

Le gérant, comme l'ancien portitor de la commande aura donc seul la direction de l'entreprise, les tiers ne connaîtront que lui, et seul, vis-à-vis d'eux, il deviendra créancier ou débiteur, seul il encourra personnellement la faillite.

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, nos 12, 29 et 30.

Les participants devront rester dans l'ombre, aussi si le gérant démasque ses coassociés secrets, ou si ceux-ci prennent part aux opérations commerciales et se font ainsi *connaître* des tiers, il n'y aura plus une association en participation, mais une société en nom collectif ou en commandite, nulle faute de publicité et entraînant vis à vis des créanciers sociaux la responsabilité illimitée des participants.

L'essentiel pour la participation est de rester secrète, une indiscrétion du gérant tolérée par les associés les fera devenir personnellement co-débiteurs solidaires, et pour le tout, nonobstant toute clause limitative, si les tiers ont pu croire qu'ils avaient affaire à une société.

B) La participation *ne saurait avoir de raison sociale.*

La raison sociale, c'est précisément le nom de la société, or comme dans la participation on ne connaît pas l'existence de l'association et que seul le gérant traite avec les tiers, on ne concevrait guère pour lui l'utilité de traiter sous une raison sociale, ce qui tendrait d'ailleurs à donner aux tiers l'illusion d'une société, commandite ou autre, derrière cette raison sociale, et, par conséquent à tromper leur confiance en leur laissant croire à l'existence d'autres responsabilités que celle du gérant.

Jurisprudence et doctrine sont d'accord pour admettre que participants et gérant devront s'abstenir de faire usage d'une raison sociale (1).

(1) En ce sens, Vavasseur, I, nº 315; Deloison, *op. cit.*, II, nºs 548 et suiv. ; Pont, *Des Sociétés*, II, nº 1793 ; Poulle, nº 69; Ruben de Couder, *op. cit.*, nº 24 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, nº 1062 *bis* ; de Pelsmæker, *op. cit.*, nº 12 ; Cass., 29 juillet 1863 (S., 63, I, 447) ; Chambéry, 11 fév. 1880 (S., 81, I, 237) ; Bordeaux, 29 mars 1887 (S., 89, II, 33); Vervins, 31 juil. 1902 (D., 1903, II, 425); Paris, 21 mars 1903, (D., 1906, II, 96); Req. 28 nov. 1904 (D., 1906, I, 109) ; Seine, 10 mars 1904 (*Gaz. Pal.*, 29 avril 1904); Cass., 28 mars 1908 (*R. S.*, 1908, 284).

Si donc le gérant ou participant fait usage en public d'une raison sociale, la participation n'est qu'une participation de nom ; en réalité, elle dissimule une société en nom collectif ou en commandite, susceptible d'être déclarée nulle pour inobservation des formalités d'écrit ou de publicité, susceptible d'être mise en état de faillite.

Cependant il ne faut pas perdre de vue le but de cette interdiction pour la participation d'avoir une raison sociale, il ne faudrait pas aller trop loin et prétendre voir dans cette conséquence un caractère essentiel et indispensable de l'association en participation, de telle sorte qu'une société ayant une raison sociale ne pourrait *jamais* être considérée comme une participation et inversement qu'une société n'ayant pas de raison sociale devrait *forcément* constituer une participation.

L'interdiction de la raison sociale est faite avant tout à cause du caractère occulte de la participation, pour ne pas permettre au gérant, qui traite seul avec les tiers, d'attirer ceux-ci en leur faisant croire, par le moyen d'une raison sociale, qu'ils ont affaire, non à une *simple participation* où ils n'auront pas d'autre recours que celui qui leur est conféré par la loi contre le gérant, mais à une *autre* société, où à la responsabilité de l'individu traitant s'adjoindraient les responsabilités de tous les autres associés. Si la raison sociale fait connaître les participants aux tiers, ceux-ci seront amenés à traiter avec le gérant en considération du crédit personnel de ceux-là, cela ne doit pas être dans la participation où seul le gérant est responsable vis à vis des tiers.

Pour qu'une participation puisse donc valablement avoir une raison sociale, il faut et il suffit, d'une part, que cette raison sociale ne trompe pas les tiers sur la véritable nature de la société dont s'agit ; d'autre part,

qu'elle ne permette pas aux tiers de savoir exactement quels sont les participants ; en somme, il faut et il suffit que le gérant n'ait usé que de son seul crédit, à cette seule condition, la raison sociale d'une participation sera valable (1), reste à savoir quelle sera son utilité ?

Mais si à côté de l'emploi d'une raison sociale de cette nature se placent des actes de gestion, par lesquels les participants se révèlent comme associés au public, ou si les noms des participants figurent dans la firme à côté du nom du gérant, les tribunaux ne s'arrêteront pas à la qualification erronée de participation, adoptée par les parties, mais donneront à la société la qualification vraie.

La jurisprudence actuelle est unanime en ce sens, nous croyons inutile d'analyser les arrêts ou les jugements, ayant résumé leur teneur dans ces quelques lignes.

C) Pour les mêmes raisons indiquées plus haut, l'association en participation ne *saurait avoir de siège social* ; cette interdiction, comme la première, n'a d'autre but que d'empêcher les participants de faire croire aux tiers à un crédit plus vaste que celui du seul gérant par l'indication d'un siège social, indication frauduleuse et qui serait d'ailleurs en contradiction avec le caractère occulte de la participation.

Sera donc prohibée toute indication de siège social dans une participation, quand elle tend à laisser supposer aux tiers l'existence *d'autres* responsabilités que celles du gérant ; en ce cas, à la place d'une participation on devra voir une société ordinaire, en nom collectif ou ano-

(1) Il a été ainsi jugé que n'est pas exclusive du caractère de la société en participation, la circonstance que la société a une raison sociale, Rennes, 28 janv. 1856 (S., 57, II, 10) ; Paris, 31 mars 1863 (*J. des trib. de comm.*, XII, 481) ; Paris, 27 janv. 1876 ; Paris, 30 mars 1878 (*J. des trib. de comm.*, XII, 481).

nyme et naturellement agir en conséquence vis à vis des participants.

La jurisprudence est fixée dans ce sens (1).

Mais faisons les mêmes réserves qu'à propos de la raison sociale, toutes les fois que l'indication du siège social ne créera *pas* le malentendu vis à vis des tiers signalé plus haut, rien ne s'opposera à la possibilité de son existence : en effet il sera souvent utile aux associés de choisir un domicile pour y centraliser leurs opérations, domicile qui sera attributif de juridiction, ce qui n'empêchera pas chaque associé de traiter, dans ses opérations avec les tiers, en son nom personnel et sous sa raison particulière.

C'est dans ce sens que statue un arrêt de Bordeaux, du 18 mai 1900. « Les associations en participation n'ont pas le caractère de personnes morales, mais rien n'interdit aux participants de constituer un domicile social distinct du domicile réel de chacun d'eux et de décider que leurs opérations auront un centre principal d'où rayonnera la direction et cette convention à cet égard est nécessairement attributive de juridiction (2). »

Cette opinion est consacrée par la jurisprudence (3).

D) La participation ne *saurait être une personne morale* : la personnalité morale n'étant créée surtout que pour les rapports des associés avec les tiers, ces rapports

(1) Bordeaux, 29 mars 1887 (S., 89, II, 33); Vervins, jugement précité ; Paris 24 déc. 1898 (*R. S.*, 1899, 300) ; Seine, 10 mars 1904, précité ; Paris, 21 mars 1903 (D., 1906, II, 96) ; Req. 28 nov. 1904 (D., 1906, I, 209) ; Seine, 24 avril 1900 (*R. S.*, 1900, V, 28) ; Seine, 15 mars 1906 (*R. S.*, 1906, 308) ; Lyon, 30 mai 1906 (*R. S.*, 1907) ; Cass., 28 mars 1908 (*R. S.*, 1908, p. 284).

(2) D., 1903, Table, V. Société en participation.

(3) Cass., 13 juillet 1868. Rejet de Rennes, 26 fév 1867 ; 22 mars 1870, Rej. de Rouen, 31 juillet 1869 ; 22 déc. 1874. Rej. de Paris, 17 mai 1873 (D., 69, I, 137 ; D., 71, I, 212) ; Poitiers, 4 fév. 1889 (*R. S.*, 1889, 205),

étant inexistants dans la participation le gérant agissant seul, il s'en suit qu'on ne saurait parler de personnalité morale pour les agissements d'un seul individu : le gérant.

Mais cette question est tellement complexe et tellement importante que nous avons cru bon de lui réserver une section spéciale.

Telles sont les conséquences juridiques du caractère occulte de la participation.

E) Nous connaissons dès à présent le caractère essentiel de la participation, *devra-t-elle pour rester dans la norme de la loi, demeurer inconnue au public?* Cesse-t-elle d'être une participation sitôt qu'en fait, les tiers parviennent à connaître son existence ?

Pour certains auteurs, tels que Troplong, la participation cesse d'être une participation dès l'instant qu'elle apparaît au jour, de quelque façon que ce soit : « La participation est occulte, essentiellement occulte, si elle se manifeste au public... dès l'instant où elle ne reste pas concentrée dans les rapports intérieurs, elle est une société collective (1). »

M. de Pelsmæker, au contraire pense que cette opinion est excessive : « Elle est démentie par toute la tradition historique, elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi du 18 mai 1873 (la loi belge) » ; pour lui la clandestinité de la participation « ne comporte pas l'ignorance de la participation par les tiers, mais seulement l'interdiction d'agir collectivement ou d'employer une raison sociale. Si les participants respectent cette double interdiction, leur association peut exister, et agir à ciel ouvert : elle peut être rendue publique ; les participants peuvent se livrer à des actes de contrôle et de vérifica-

(1) Troplong, Société, n° 499.

tion ; ils peuvent collaborer, gérer à plusieurs, à condition que chacun agisse séparément, en son seul et privé nom (1). »

A son tour, l'opinion de M. de Pelsmæker peut sembler excessive quand il veut dire : « La participation peut-être rendue publique. »

Ne perdons toujours pas de vue notre point de départ, quelle est la raison d'être de la participation ? son caractère occulte, or supprimer l'un, c'est supprimer l'autre, en Belgique, comme en France, la participation n'est qu'une commandite déguisée et dès l'instant qu'elle est *rendue publique* il n'y a pas de raison pour ne pas soumettre la première aux règles de la seconde.

Les tiers peuvent avoir connaissance de la participation de deux façons : par le fait même des participants on indépendamment de leur volonté.

Par leur fait : ils auront donné publiquement des ordres au gérant, ils auront pris une part réelle dans la direction de l'entreprise, ils se seront révélés aux tiers, soit en traitant avec eux, soit par leur immixtion, comme de véritables associés ; alors les tiers sauront qu'ils ont affaire non plus seulement à un seul, le gérant, mais à d'autres, les participants ; pourquoi ceux-ci ne seraient-ilspas tenus vis à vis des tiers ? ils ont révélé leur existence comme associés, inévitablement ils devront être traités comme tels.

Indépendamment de leur volonté: et alors de deux choses l'une, ou les tiers sauront en fait, d'une façon quelconque, que le gérant n'est pas seul et qu'il y a derrière lui une participation et indéniablement l'existence de celle-ci ne sera pas compromise si la connais-

(1) De Pelsmæker, *op. cit.* 33.

sance des tiers ne va pas plus loin ; ou ils sauront, toujours en fait et non juridiquement, non plus seulement qu'il y a une société en participation, mais quels sont les participants, y aura-t-il toujours participation dans ce cas?

Nous admettons évidemment qu'ici les participants ne sont pas sortis de leur rôle effacé et *n'ont pas lié* de rapports juridiques avec les tiers, sinon plus de participation ; admettons d'autre part, qu'après avoir eu connaissance en fait de l'existence des participants, les tiers fassent juridiquement la preuve de leur existence, du chiffre de leurs apports et de la quotité de leur part dans les bénéfices, évidemment cette preuve sera fort difficile, mais peu importe, supposons-la faite, les tiers pourront-ils alors poursuivre les participants comme associés ?

Non, nous répondra-t-on certainement, car les associés n'ont eu aucun rapport juridique avec les tiers, c'est l'opinion générale et de la doctrine et de la jurisprudence. « Remarquons, nous dit Vavasseur, que la simple connaissance de fait par les tiers de l'association en participation n'aurait pas pour résultat de la faire dégénérer ou de leur donner action contre les participants qui ne sont pas sortis de leur rôle effacé et n'ont pas lié des rapports juridiques avec les tiers, ou n'ont pas tout au moins fait naître de fausses apparences (1). »

Notre avis sera le même, la preuve dont nous parlions serait-elle faite, le participant ne peut être poursuivi ; voici pourquoi : en restant caché et en ne prenant aucune part à la gestion, le participant *n'autorisait pas* les tiers de par sa seule volonté à traiter avec le gérant en vue d'un recours possible sur son apport ; en d'autres termes,

(1) Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 315. Dans le même sens, v. Pont, commentaire, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, n° 1796 ; Douai, 15 juillet 1892 (*R. S.*, 1893, 20), Houpin, *op. cit.*, I, n° 245.

les tiers ne sauraient invoquer comme cause de leurs engagements la présence des participants, ils ne traitaient qu'avec le gérant, celui-ci ne faisait pas intervenir dans l'opération l'espoir d'un recours autre que celui contre lui-même, contre les participants, les tiers n'ont donc *pas le droit* d'y compter et par conséquent de l'exercer.

Tel nous semble être le seul cas où la participation sera conciliable, non pas avec la publicité, mais avec sa simple connaissance de fait par les tiers.

Section II. — *La participation, entre associés, se réduit à un compte de profits et pertes*

Nous avons vu quels étaient par suite du caractère occulte, les rapports des associés avec les tiers, quels sont maintenant les rapports des associés entre eux ?

Ils se réduisent à un compte de profits et pertes, si l'entreprise dirigée par le gérant réalise certains bénéfices chaque participant en touchera une part dans une proportion convenue au préalable entre les parties ; l'entreprise vient-elle à faire des pertes, chaque participant y contribuera dans les mêmes conditions.

Il faut donc une participation de tous aux *bénéfices*, et une contribution de tous aux *pertes*. Si l'un ou l'autre de ces éléments vient à manquer, le contrat ne constitue pas un contrat de société, ou si les parties ont voulu constituer une société, le contrat est nul (1).

(1) C'est par application de ces principes que la jurisprudence française a annulé des syndicats de garantie constitués lors de l'affaire du Panama : syndicats dans lesquels les participants ne devaient pas concourir aux pertes ou ne devaient concourir que pour des sommes dérisoires. C. f. Cass., 11 décembre 1900, *R. S.*, 1900, 126. Voir exposé des syndicats du Panama. Rapport de M. Vallée, *J. O.*, ch. des députés, annexe 2921, 479 et suiv.

Ainsi, s'il a été expressément convenu « que l'intervention d'un bailleur de fonds se bornerait à une simple avance de fonds, que la participation aux bénéfices était la rémunération de cette avance, que le négociant traiterait uniquement en son nom personnel, que le bailleur pourrait en tous cas se retirer et ne contribuerait pas aux obligations assurées envers les tiers, et enfin que si l'essai réussissait, les parties se réservaient de s'entendre pour s'associer, il s'est formé entre parties non une convention d'association en participation, mais une convention de prêt (1). »

Mais si la loi exige pour la participation, la contribution aux pertes et aux bénéfices pour les associés, elle ne lui impose pas l'existence entre les participants d'un *fonds social* leur appartenant par indivis.

« L'histoire de la participation démontre que jamais l'existence d'un fonds social indivis n'a été exigée, comme élément constitutif de la participation.

« Dans la jurisprudence italienne, la participation était une association restreinte aux bénéfices et aux pertes : *Societas, restricta, damni et lucri.*

« Il en était de même dans l'ancien droit.

« Ceux qui font ces sociétés, dit Savary, travaillent chacun de leur côté sous leurs noms particuliers, pour se rendre raison ensuite des profits et des pertes qu'ils ont faits dans leurs négociations (2).

« La jurisprudence suivie sous le Code de commerce, ...répète que la participation n'est qu'une simple convention de gains et de pertes.

« Ainsi, tandis que dans la société civile, privée de l'individualité juridique, tout comme la participation, la

(1) Cour Bruxelles, 31 janv. 1900, *Rev. droit commercial*, 1900, n° 230.
(2) Savary, *Le parfait Négociant*, I, 346.

réalisation des apports crée une copropriété indivise entre les membres, dans la participation cette copropriété fait défaut.

« De sa nature, la participation restreint ses effets aux seuls résultats des opérations entreprises ; elle se réduit à un compte de profits et de pertes (1). »

Faudra-t-il en conclure que *partout* où il y aura un fonds commun indivis dans une société, celle-ci ne sera pas une participation ?

Non, l'existence de ce fonds n'est pas incompatible le moins du monde avec le caractère occulte de la participation, les associés *peuvent* très bien entre eux constituer un fonds indivis *sans pour cela* rendre leur société publique.

« Aussi n'est-il pas exact de dire, comme l'ont fait les décisions de justice, que le gérant d'une participation est nécessairement et toujours, vis à vis de tous, seul propriétaire des biens de la participation. Il n'est pas plus exact de soutenir, avec quelques auteurs, que dans la participation « tout est individuel, propriété, industrie (2). »

« Les participations sont dominées par le principe de la liberté des conventions. Ces conventions, dit la loi, ont lieu dans les formes, avec les proportions d'intérêt, et aux conditions convenues entre associés. Partout, les participants peuvent convenir, soit que la propriété des apports restera propre à chaque associé, soit qu'elle sera transférée au gérant, soit qu'elle deviendra indivise entre tous.

« Mais, tandis que dans la société civile, la copropriété

(1) de Pelsmæker, n° 16.
(2) Troplong, *loc. cit.*

des mises est la règle, dans la participation cette copropriété ne constitue ni un élément essentiel, ni même un élément naturel du contrat : normalement elle n'existe pas ; et dans le doute elle ne doit pas être présumée (1). »

Cette copropriété n'est en somme *pas* une des conditions d'existence de la participation, mais elle *peut y trouver son application.*

C'est selon ces principes que statuait la Cour de cassation. « Par sa nature, en l'absence de stipulations contraires, l'association en participation n'établit entre les contractants aucun lien de copropriété, susceptible de donner lieu, après la dissolution, à des opérations divisoires ; il n'existe sous ce régime, ni actif, ni passif social, distincts des patrimoines personnels des participants, lesquels sont seulement comptables les uns envers les autres d'opérations que, vis à vis des tiers, chacun d'eux est réputé avoir suivies en son propre et privé nom (2). »

Section III. — *La participation est-elle une véritable société ?*

Les caractères de la participation permettent-ils de dire qu'elle est une *société* au sens de l'article 1832 du Code civil ?

§ 1.

A) *L'intérêt de la question n'est pas purement théorique ;* le Code civil dans les articles 1843 à 1872 érige toute une réglementation du contrat de société tel que le

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, nº 1060 ; de Pelsmæker, 36.

(2) Cass., 7 mai 1902, D. 1902, I, 286.

prévoit l'article 1832, de deux choses l'une : ou la participation est une *association* simple et alors inévitablement elle *échappe* à cette réglementation ; ou bien elle réunit les conditions nécessaires pour être englobée dans la définition de l'article 1832, et alors elle sera comme les autres sociétés régie par les articles 1843 à 1872, au moins dans la mesure où les règles édictées par ces articles seront compatibles avec sa nature.

Prenons par exemple l'article 1865, si la participation est une *société*, elle finira : 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ; 2° par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation ; ces deux premiers motifs n'ont rien de bien particulier, en effet : que la participation soit ou non une société, on ne concevrait pas pourquoi elle ne finirait pas quand le temps qui avait été assigné à sa durée est expiré, quand l'opération en vue de laquelle elle avait été contractée est achevée.

Mais les autres motifs d'extinction de la société ne s'imposent pas d'une façon aussi absolue et s'il est admis que la participation n'est pas une véritable société au sens de l'article 1832, elle ne finira pas *forcément*, par la mort naturelle de l'un des associés, par l'interdiction ou la déconfiture de l'un deux, par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société, de là des conséquences tellement importantes et pour les tiers et pour les associés que nous croyons inutile d'insister pour démontrer l'intérêt de la discussion.

Si, au contraire, la participation est une société, l'article 1865 s'appliquera infailliblement et même malgré une volonté préalable contraire exprimée par les parties dans leurs conventions.

Il en est de même pour l'article 1846, dont les disposi-

tions pourraient être facilement éludées en refusant à la participation le caractère de société.

Avant la loi des 17, 23 juillet 1856, il y avait encore un autre intérêt : si l'on accordait à la participation le caractère de véritable société, il fallait appliquer aux contestations entre coparticipants les règles de l'arbitrage forcé (1).

B) La question est éminemment pratique.

Si l'on s'en tenait à la tradition, il ne faudrait pas hésiter à comprendre la participation dans la définition de l'article 1832.

Nos anciens auteurs la considéraient comme une véritable *société*, ne l'appelaient-ils pas d'ailleurs : *société anonyme ?*

Les jurisconsultes du droit italien : Casaregis, Straccha, les auteurs du droit français : Savary, Jousse, Bornier, Pothier, tous considéraient la participation comme un contrat de société.

« Il faut savoir, dit Savary, qu'il y a trois sortes de *sociétés :*

« La société générale ou en nom collectif...

« La société en commandite,... la *troisième* est celle qu'on appelle anonyme (2). »

C) Telle était l'opinion de nos anciens auteurs, et rien dans les *travaux préparatoires* n'indique que le Code de commerce de 1808 ait abandonné cette manière de voir.

Les rédacteurs du Code de commerce ont placé la participation au titre III, livre I : *Des sociétés*; on a dit, il est vrai qu'il y avait alors une contradiction en ce sens que l'article 19 du Code de commerce n'énumère que trois sortes de sociétés, la société en nom collectif,

(1) Anciens art. 51 et suiv. C. co
(2) Savary, *Le parfait Négociant*, I. 345 et 368.

la société en commandite, la société anonyme (1) en ne mentionnant pas la participation, et que l'article 47, quoique placé au titre des sociétés parle d'associations et non de sociétés.

Tout d'abord, une bonne preuve que les rédacteurs du code admettaient la participation comme société est que dans l'article 50, plus explicitement que dans l'article 47, ils opposent la participation aux *autres* sociétés ; c'est donc qu'elle en était *une*.

En outre, les travaux préparatoires expliquent fort nettement le silence de l'article 19. Lors de la discussion au Conseil d'État, Treilhard avait en effet demandé pourquoi la participation ne figurait pas dans l'énumération de l'art. 19.

Regnault de Saint-Jean-d'Angély avait répondu que dans l'article 19, il s'agissait de sociétés formées pour une suite d'opérations et que l'association en participation n'était qu'une association pour l'affaire d'un moment.

Sans doute, de l'énumération contenue dans l'avant-projet du Code et qui admettait quatre espèces de sociétés on avait éliminé plus tard la participation, mais *ce n'était pas* parce qu'elle ne constituait pas une *société*, mais à raison des conditions habituelles de son fonctionnement.

C'est en effet, d'autres orateurs qui déclarent avec Regnault de Saint-Jean-d'Angély : « Nous n'énumérons pas la participation, à côté des autres sociétés, parce que les *autres* sociétés sont formées pour une suite d'opérations et que la *société* en participation n'est qu'une association pour une affaire du moment. »

(1) A la différence des anciens auteurs, le législateur de 1808 établit une différence entre la société anonyme et la participation, aussi n'appelle-t-il plus cette société : *société anonyme*.

Il ne s'agissait donc que de *différencier* une société des autres, on ne saurait trouver dans les travaux préparatoires du Code de commerce l'intention de refuser à la participation le caractère de société.

En Belgique, cependant où, ne l'oublions pas, la participation a absolument la même source que la nôtre, où la législation avant 1873 était la même qu'en France, les travaux préparatoires de la loi de 1873 sur les sociétés ont pu faire naître un doute.

M. de Pelsmæker l'explique : « L'article 3 de la loi de 1873 était primitivement conçu comme suit : Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessous il y a encore des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation. »

M. Jacobs observa que cette rédaction qui ne semblait admettre d'autres sociétés que les sociétés personnes civiles, était vicieuse ; et, en effet, à côté des sociétés personnes morales, existent les sociétés civiles, les associations momentanées et les associations en participation.

M. Bara, interrompant, déclara que les associations momentanées et en participation ne constituaient pas des sociétés ; et il fit supprimer les premiers mots de l'article 3 : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessous. »

Comme conséquence de cette suppression, M. Saincteclette, lors de la discussion de l'art. 14 primitivement libellé comme suit : « Les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les *autres* sociétés, » demanda et obtint la suppression des mots *autres*.

« Les mots société et association, disait M. Saincteclette,

représentent deux idées différentes, et cette signification était reconnue sous le Code de 1808 (1). »

Les orateurs belges confondaient en réalité deux notions, celle de société contrat et celle de société personne civile.

C'est ainsi qu'à un moment donné, M. Bara lui-même s'exprime de la sorte : « L'honorable membre se borne à contester aux associations commerciales momentanées et aux sociétés commerciales en participation l'individualité juridique : mais dans la jurisprudence, on admet *ces sociétés comme emportant certaines conséquences juridiques*, et l'honorable membre leur refuse un caractère déterminé, mais sans les reconnaître. »

C'est un autre orateur : « M. de Brouckere oublie, je crois, ce dont s'occupent les deux premiers articles : nous ne déterminons pas le caractère des sociétés : nous faisons une énumération ; *nous avons énuméré dans l'article premier les trois genres de sociétés qui ont l'individualité juridique ; dans l'article deux, nous énumérons deux espèces de sociétés qui n'ont pas cette individualité.* »

En réalité, la différence fondamentale que le législateur de 1873 a entendu établir entre les sociétés commerciales proprement dites et les associations commerciales, consiste en ce que les unes sont constitutives d'un être moral et les autres pas ; mais jamais il n'a eu l'intention de dénier aux associations commerciales en participation le caractère des contrats de société.

D'ailleurs, s'il en eût été autrement, le législateur belge n'aurait pas réglementé la participation dans une

(1) Nous avons cru intéressant de rapprocher la discussion belge et la discussion française quand précisément, comme M. Saincteclette, on argue, mais dans un sens différent alors, sur les mots *autres sociétés*, contenus également dans l'art 50. du C. co. français et dans la loi belge.

loi qui concerne exclusivement les sociétés, aurait-il réglementé dans une loi sur les sociétés des contrats tels que la participation s'il avait refusé à celle-ci le caractère de société ? Évidemment non.

Pas plus donc dans les travaux préparatoires de la loi belge que dans ceux du Code de commerce français de 1808, on ne peut prétendre trouver l'intention du législateur, manifestée expressément, de refuser le caractère de société au contrat de participation.

Pour M. Lyon-Caen, il est préférable de parler de *sociétés* en participation, la participation ayant les caractères légaux déterminés par l'article 1832 du Code civil et ne répondant pas, surtout, à la définition que la loi du 1er juillet 1901 (art. 1) donne du contrat d'*association*.

Mais entrons plus avant dans la discussion, ce qui importe avant tout pour savoir si la participation est une société, c'est de savoir ce qu'est réellement une société, quels sont ses éléments constitutifs et si la participation à son tour les comprend tous.

§ 2.

L'article 1832 du Code civil définit la société, *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra se réaliser*. Cette définition n'est qu'une variante de la formule plus précise et plus complète donnée par Domat : « La société est une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle elles mettent en commun entre eux ou tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce ou quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour par-

tager tout ce qu'ils pourront avoir de gain ou souffrir de perte de ce qu'ils auront mis en société (1). »

De cette définition résulte que tout contrat de société, civile ou commerciale, peu importe, suppose réunies trois conditions : 1° la constitution d'un *fonds commun*, d'un capital social par le groupement des apports effectués par chacun des associés ; 2° la poursuite d'un *but commun* consistant dans la réalisation des bénéfices à partager ; 3° la *participation* égale ou inégale de chacun des associés aux *bénéfices* ou aux *pertes* éventuelles pouvant résulter de l'entreprise commune.

Examinons successivement si la participation comporte la réunion de tous ces caractères.

A) Tout d'abord, la *participation égale ou inégale de chacun des participants aux bénéfices ou aux pertes* éventuelles pouvant résulter de l'entreprise dirigée par le gérant, ne fait pas l'ombre d'un doute, nous l'avons déjà vu, la participation n'étant entre associés qu'un compte de profits et pertes.

La jurisprudence est unanime à reconnaître que l'associé en participation ne peut se dispenser de toute contribution aux pertes.

Ne citons pour exemple que ce sommaire d'un arrêt de Lyon du 26 juin 1901 (2). « L'obligation de contribuer aux pertes est l'un des caractères essentiels du contrat de participation. En conséquence, ne constitue pas une participation le contrat dans lequel la prestation faite par l'une des parties d'une somme déterminée, alors même que cette prestation pourrait en l'espèce être consi-

(1) Domat, *Lois civiles*, II, tit. 8, § 1.
(2) V. (D. 1904, II, 198).

dérée comme un apport, n'entraîne pas pour elle l'obligation de contribuer aux dettes (1). »

Voilà déjà un des caractères de la société que présente la participation. Présente-t-elle également le second caractère : poursuite d'un but commun consistant dans la réalisation du bénéfice à partager ?

B) Le doute n'est pas plus permis que dans le premier cas : si les participants apportent leurs capitaux à un gérant, c'est évidemment tous dans le *même* but, avec l'intention de faire un fructueux placement d'argent et de partager les bénéfices réalisés par l'entreprise ; sans doute ils ne poursuivront pas ce but, effectivement, en agissant réellement, mais ils le poursuivront néanmoins par l'apport de leurs capitaux en société et non pas sous simple forme de prêt.

A la différence de ce qui se passe pour les associations où le but poursuivi est un but d'intérêt général, entièrement désintéressé, associations charitables ou philantropiques, on rencontre dans la participation le but *essentiellement intéressé* de la société dont parle l'article 1832 du Code de commerce : la réalisation de bénéfices à partager entre les parties.

C) L'autre caractère de la société : l'*existence d'un fonds commun*, donne lieu à plus de discussions et on refuse souvent à la participation le caractère de société par suite du défaut de communauté de biens entre les participants, du défaut de fonds social.

Ou bien, dit-on, la propriété des apports passe tout entière sur la tête de l'associé-gérant, ou bien chacun des membres de l'association reste propriétaire privatif

(1) En ce sens, v. Rejet d'un arrêt de Nancy, 18 déc. 1894, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1896.

de son apport, mais cette masse sociale qui est la caractéristique de la société n'existe pas (1).

Il n'y a en réalité dans cette objection qu'une confusion entre la *nécessité* d'un apport de la part des associés, et la question, toute différente, de la *propriété* de ces apports.

Cette dernière dépend avant tout de la convention des parties qui est absolument libre, et aussi du point de savoir si la société est ou non une personne morale; mais elle n'a rien à voir avec la question qui nous occupe.

Il n'est pas vrai que l'article 1832 exige la création d'une *copropriété* entre associés, ce qu'il exige, c'est simplement la *mise en commun* de quelque chose, « L'article 1832 autant que l'article 1833 qui le complète et l'explique, exige que tous et chacun des associés fassent un apport destiné à être *employé dans l'intérêt commun*. Cette condition étant remplie, le sort réservé à la propriété des apports est chose indifférente : les parties peuvent se réserver cette propriété, ou la transférer à l'un d'entre eux, ou la rendre indivise à tous (2). »

La société, c'est l'emploi de forces de capitaux dans un but commun ; or la participation remplit cette condition, la situation juridique des capitaux importe peu (3).

La participation réunit donc les trois éléments suffisants aux termes de l'article 1832 à constituer une société et puisqu'on a parlé de l'*affectio societatis*, les participants en sont-ils animés, et tout d'abord, quelle est au juste cette affectio societatis, tant à la mode, depuis quelques années ?

(1) En ce sens, Boistel, *Manuel de droit commercial*, 249 et 250; Troplong, *op. cit.*, I, nº 500; Viviens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, I, 379, nº 4.
(2) de Pelsmæker, *op. cit.*, nº 19, 41.
(3) V. Paul Pont, *Soc. civ. et comm.*, II, nº 1779.

On considère généralement l'*affectio societatis* comme l'élément caractéristique du contrat de société.

Si on n'entend par là que l'intention de constituer la société, on commet une tautologie, il est évident que pour constituer une société il faut avoir l'intention de la constituer; mais nous dit M. Pic (1): « On ne peut se fier pour la recherche de l'intention de constituer la société aux seules déclarations des parties d'abord parce que ces déclarations peuvent ne pas exister, et ensuite parce qu'elle peuvent non révéler mais cacher les intentions véritables des intéressés (2). »

On élargit alors la portée du terme : affectio societatis : c'est l'*intérêt commun des parties*, mais, comme nous dit M. Ripert (3) : cette idée est propre à tous les contrats que celle de la supériorité de la division de la production et de la vie en association, la solidarité d'intérêts existe dans tout contrat, dans le prêt avec participation aux bénéfices par exemple, que lui manque-t-il pour être une société et quel est le véritable criterium de l'affectio societatis ?

« Le criterium, d'après M. Pic, est d'ordre purement économique. Tout contrat de société présuppose non seulement l'intention de réaliser des bénéfices par un groupement de capitaux, intention que l'on peut découvrir dans le simple prêt, accompagné d'une clause de participation, mais la volonté bien arrêtée, de la part de tous les coassociés de coopérer activement à l'œuvre commune. On discerne, en d'autres termes dans toute soicété, une pensée de *coopération économique* ou plus

(1) Pic, *Traité des sociétés commerciales*, 1910, I, 70.
(2) V. Thaller, note dans D. 1904, I, 257.
(3) Ripert, *Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation*, A. C., 1905, 53 et suiv.

exactement une volonté de collaboration active (1) en vue d'un but commun qui est la réalisation d'un enrichissement par la mise en commun des capitaux et de l'activité des associés (2). »

C'est également M. Ripert (3) qui nous dit : « Ce qu'on trouve dans la société, ce n'est pas absolument un intérêt commun des contractants, c'est une identité d'intérêts, une *coopération économique* des parties, dans la société, l'idée de coopération se précise en celle de collaboration dans son sens le plus large. Cette intention, il ne faut pas la rechercher dans telle ou telle conséquence juridique qui n'a pu être prévue ou qu'on a voulu écarter, il faut rechercher si les parties ont eu l'intention de collaborer pour la recherche commune des bénéfices avec droits égaux et une responsabilité égale. »

L'affectio societatis serait donc la *collaboration active*, consciente et égalitaire de tous les contractants en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager (4).

Mais alors, il ne nous paraît pas que l'affectio societatis puisse être envisagée comme une condition du caractère de société distincte des précédentes. Ce que les auteurs désignent du nom d'affectio societatis n'est autre chose que le second caractère signalé plus haut que doit présenter tout contrat pour être une société savoir : *poursuite d'un but commun* consistant dans la réalisation des bénéfices à partager, c'est à peu près les termes

(1) Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 238.
(2) Pic, *op. cit.*, I, 70.
(3) Ripert, *loc. cit.*, A. C. 1905, 53 et suiv.
(4) C. f. *Indian contract* : « Partnership is the relation which subsists between personns who have agreed to combine their property, labours or skill in some business and to share the profits there of between then » : La société est le rapport juridique formé entre personnes qui conviennent de mettre en commun leurs biens, leur travail ou leurs connaissances techniques pour certaines affaires en vue de partager les bénéfices en pouvant résulter.

qu'emploie M. Pic pour définir l'affectio societatis. Elle n'est donc autre que l'intention, de *poursuivre en commun*, à l'aide des apports de tous, la *réalisation d'un bénéfice*, aux périls et risques de tous les contractants ; là ou cette intention existe, il y a société, même si les contractants lui ont par erreur ou par calcul donné une qualification différente ; là où cette intention fait défaut, le contrat ne saurait être considéré comme une société, même si les parties l'ont ainsi qualifié.

Or, comme on l'a vu plus haut, cette intention, ce second caractère ci-dessus signalé, existe dans la participation, elle est donc une *véritable société* et sera régie comme telle par les règles du titre IX du Code civil, tout au moins, bien entendu, dans la mesure où ces règles seront compatibles avec son caractère occulte.

La participation est une société, c'est l'avis de la jurisprudence et presque de l'unanimité de la doctrine (1).

Section IV. — *La personnalité morale et la société en participation*

§ 1. — *Critique de la théorie de la personne morale*

De longue date des jurisconsultes ont attribué au groupement d'individus que comprend une société, une qualité juridique toute spéciale : la *personnalité morale*.

On sait assez ce qu'est la personnalité morale pour qu'il soit utile de s'attarder beaucoup sur sa définition : elle n'est autre chose qu'une fiction, conçue par les

(1) Laborî, *Répertoire du droit français*, v. Société, nº 437 ; Dalloz, supp. v. Société, nº 1978 ; Fuzier, Hermann, v. Société en participation, nº 14 ; Pont, II, nº 1779 ; Lyon-Caen, II, nº 1050 ; Houpin, I, nº 245 ; Vavasseur, nº 319 ; Namur, *Cours de droit commercial*, II ; Cass., 18 mai 1896.

juristes et en vertu de laquelle les sociétés commerciales ont une existence, une individualité distinctes de celles des membres qui les composent ; elle crée en dehors et au-dessus des sociétés, un *être juridique à part*, qui a un nom, une raison sociale munie d'une certaine capacité juridique, qui acquiert, s'oblige et plaide ; en somme la personnalité morale absorbe les individualités, il n'y a plus d'associés, mais il n'y a qu'une société : personne morale ; ainsi que le formulait le projet de la loi du 1er juillet 1901, sur les associations : « *La personnalité civile est la fiction légale en vertu de laquelle une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association* (1). » Telle est la notion de cette fiction qu'on applique à propos des sociétés commerciales comme des simples associations (2).

La participation est évidemment une société, mais d'une façon non moins certaine, on peut affirmer que par suite de son caractère occulte, elle est une société à part et d'un caractère tout spécial.

I

En conséquence, peut-elle être considérée comme réunissant les conditions nécessaires à la personnalité morale ?

(1) Cf., art. 8 du projet de loi.

(2) Ce n'est pas ici le lieu de développer la théorie de la personnalité, qu'on nous permette de la supposer connue et de renvoyer purement et simplement aux principaux ouvrages qui l'ont exposée. Cf., Laurent, *Traité de droit civil*, I, nos 283 à 316. — Planiol, *Traité de droit civil*, I, nos 3007 et s. et les renvois. — Fouillée, *La science sociale contemporaine*. — Berthélemy *Traité de droit administratif*, 4e éd., 1906 ; et, surtout pour l'énumération des principales théories édifiées sur la matière, Négulesco, *Théorie de la personnalité morale et son application aux sociétés commerciales*, pp. 23 à 49.

A) La question est, avec l'état actuel de la jurisprudence, d'un intérêt pratique considérable.

Si on admet que la participation est revêtue de la personnalité morale, c'est faire découler pour elle les *mêmes conséquences* que pour les autres sociétés ; ce seront alors : l'affectation exclusive des biens de la société par voie de préférence aux créanciers sociaux, l'impossibilité de compensation entre les créances ou les dettes sociales et les dettes ou les créances personnelles des associés, le droit d'ester en justice, le caractère mobilier attribué *de plano* aux droits des associés abstraction faite de la nature des biens sur lesquels ils portent, la possibilité de se porter caution.

Sinon, si la personnalité n'est pas admise : les créanciers sociaux concourront avec les créanciers personnels des associés, et c'est là surtout la conséquence capitale du défaut de personnalité ; la compensation entre une dette personnelle et une créance sociale sera possible ; la société ne pourra ester en justice, il faudra mettre en cause séparément chacun de ses membres ; le droit de chaque associé ne sera plus constamment mobilier, mais mobilier ou immobilier selon qu'il portera sur des meubles ou des immeubles.

L'intérêt de la question est visible, c'est la différence du sort fait aux droits des associés et de leurs créanciers par deux théories contraires ; la matière a donné lieu à de nombreuses controverses, trop connues pour ne nous en permettre autre chose qu'un très bref résumé. Notre but est tout autre : avec toute une doctrine récente nous rejetons la fiction de la personnalité morale, nous ne cherchons pas à savoir si elle s'applique ou non à la participation, nous *écartons* purement et simplement cette théorie pour toutes les sociétés ; notre intention est

de la remplacer par un autre principe qui régisse également toutes les formes sociales, sans créer entre elles une fâcheuse dualité, sans créer entre elles d'autres différences que celles résultant de leur nature intime ; nous voulons au lieu d'une fiction fausse, un rapport juridique réellement existant, qui aboutisse, dans la mesure du possible, aux mêmes conséquences pour toutes les sociétés, qui supprime une antithèse ne résultant que de la création arbitraire d'un principe erroné.

B) Certains auteurs admettent un *système mixte :* pour eux, la participation constitue une personne morale dans les rapports des associés entre eux, mais non dans les rapports des associés avec les tiers. La raison en est « que l'association n'a pas été révélée officiellement aux tiers, que par suite l'existence de l'être de raison que le contrat engendre ne leur est *pas opposable* et ne peut être invoqué par eux. Pour les associés, au contraire, ils connaissent évidemment le pacte social, et pour eux ce pacte donne naissance à un être de raison dont la personne et le patrimoine sont distincts des personnes et des biens des participants (1). »

D'autres *rejettent* ce système : « On ne saurait l'admettre, une société est personne morale *erga omnes*, ou elle ne l'est pas du tout. D'ailleurs, l'intérêt qu'il y a à ce qu'une société soit personne morale est nul ou à peu près quand il s'agit des associés entre eux ; c'est surtout quand il s'agit des rapports avec les tiers que la personnalité se traduit par des conséquences pratiques importantes (2). »

(1) Pardessus, *Cours de droit commercial*, nos 1045, 1066 et 1089 ; Malepeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, 264 et suiv. ; Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, 88.

(2) Fuzier, Hermann, Vo Société en participation, no 104.

Sans doute, l'intérêt de la question par rapport aux tiers est considérable, mais entre associés il n'existe pas qu'*à peu près;* le gérant peut, en l'absence de stipulation contraire, si la participation n'est pas une personne morale, lors de la contribution au passif, exercer son recours pour la totalité contre un seul des associés, quitte ensuite, pour ce dernier, à agir contre ses coassociés si leur solvabilité le lui permet ; ce n'est pas là un intérêt négligeable. Par contre, on comprendrait difficilement, qu'on fasse de la participation deux parties, que l'une concernant les rapports des *associés entre eux* soit seule régie par un principe qui implique précisément une existence vis à vis *des tiers*, indépendante des associés. Que les relations des associés entre eux soient régies par quelques-unes des règles de la personnalité morale, fort bien, mais ce n'est plus la personnalité dont nous parlions tout à l'heure, et qu'on baptise ces principes régissant les associés, d'une autre appellation ne prêtant pas à l'équivoque.

D'autres auteurs et la jurisprudence sont allés encore plus loin, et ont *affirmé* sans aucune restriction la *personnalité* de la participation.

Elle est, disent-ils, une société : « Elle doit donc avoir la personnalité au même titre qu'une autre société. D'ailleurs l'équité exige qu'il en soit ainsi ; si on ne l'admet pas, en effet, les créanciers sociaux devront subir le concours de tous les créanciers de l'associé avec lequel ils ont traité, de ses ex-participants et de leurs créanciers ; ce résultat inique ne peut être évité que si l'on décide que l'association en participation constitue un être moral avec un patrimoine distinct, avec des créanciers personnels (1). »

(1) Metz, 7 fév. 1822 (S. et P. chr.) ; Caen, 19 fév. 1824 (S. et P. chr.) Paris, 26 juin 1824 (D. Rép. nº 1655 (S. et P. chr.); Paris,

Mais ce raisonnement, *selon nous*, *pèche par la base :* on ne doit pas se fonder pour donner tel caractère à une institution sur les conséquences qui résulteraient du caractère contraire.

Ces théories ne devaient pas trouver grand écho. « Tout le monde reconnaît aujourd'hui que l'association en participation ne *constitue pas* une personne morale. Tirer ce principe de cette idée qu'elle constitue une société, ce n'est pas résoudre le problème, puisque toutes les sociétés ne sont pas, du moins sauf controverse, des personnes morales. L'argument d'équité peut être facilement retourné contre ceux qui l'invoquent. Il ne faut pas oublier en effet que la participation est essentiellement occulte : les tiers qui traitent avec l'un des participants ignorent, ou du moins sont censés juridiquement ignorer, qu'il est l'associé des autres ; ils ne doivent donc légitimement compter que sur son crédit personnel et ne pas s'étonner du concours de ses autres créanciers ; ce seraient au contraire les créanciers des autres participants qui auraient le droit de se plaindre d'une autre situation. Il faut ajouter que l'idée de personnalité morale entraîne celle de publicité ; dans le système de la loi, la personnalité ne peut exister qu'autant qu'il y a eu publicité destinée à faire connaître aux tiers l'existence d'un être moral avec lequel ils seront appelés à traiter par l'intermédiaire de ses représentants ; or comme on le verra, la loi dispense l'association de toutes formalités de publicité (1).

9 août 1831 (S. 31, II, 259); Bordeaux, 2 avr. 1832 (S. 32, II, 327); Paris, 22 nov. 1834 (S. 35, II, 69); Malepeyre et Jourdain, *Société de commerce*, 264. Pardessus, *op. cit.*, IV, n° 1045, 1066, 1089; Bravard, *op. cit.*, (88); *Persil des sociétés commerciales* (138).

(1) V. également pour l'exposé des différents systèmes concernant la personnalité des participations, G. Poulle, *op. cit.*, 38 à 45.

Cette opinion est aujourd'hui celle de toute la doctrine et de l'unanimité de la jurisprudence (2). »

Si l'on admet la personnalité morale, il nous semble impossible de l'accorder à la participation ; cette société est avant tout occulte, elle ne manifeste son existence vis à vis des tiers que par les agissements d'un seul, toute la direction de l'entreprise est concentrée dans les mains d'un seul des associés, dès lors pourquoi parler de *personnalité morale* pour *une seule* personne, pourquoi la revêtir d'une qualité, purement fictive d'ailleurs, et qui implique l'existence de plusieurs coassociés, faisant publiquement acte de commerce ?

(2) Duvergier, Sociétés, n° 407 ; Troplong, n°s 494 et suiv. et 864 ; Delangle, *Des sociétés commerciales*, II, n°s 593 et suiv. ; Delamare et Lepoitevin, *Contr. de comm.*, II, n°s 243 et suiv. ; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, V, pp. 75 et suiv. ; Devilleneuve et Massé, *Dictionn.*, V° Société en participation, n°s 13 et 42 ; Molinier, *Droit commercial*, I, n° 595, ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, I, n° 527 ; Boistel, *Manuel de droit commercial*, n° 366 ; Rivière, *Répét. écr. sur le Code de comm.*, 150 ; Laurin, *Cours élém. de droit comm.*, n° 532; Ruben de Couder, *Dictio.*, VI, V° Sociétés en participation, n° 25; Pont, *Traité des sociétés civ. et comm.*, II, n° 1801 ; Rousseau, *Des soc. comm.*, II, n°s 1772 et suiv. ; Vavasseur, *op. cit.*, I, 122, n° 315 ; Poulle, *op. cit.*, n°s 73 et suiv. ; Deloison, *Traité des sociétés commerc.*, II, n° 552 ; Guillery, *Des soc., commerc. en Belgique*, I, n° 240, et III, n°s 1045 et suiv. ; Thaller, *Tr. de dr. comm.*, n° 375 ; de Pelsmæker, *op. cit.*, n° 20. — Depuis, 1834, la jurisprudence est également fixée en ce sens, Cass., 2 juin 1834, (S. 34, I, 603) ; Cass., 19 mars 1838 (S. 38, I, 343) : Cass., 15 juil. 1846, (S. 49, I, 280) ; Cass., 5 mai 1858 (S. 59, I, 223) ; Cass., 19 fév. 1868 (S. 68, I, 297) ; Cass., 22 déc. 1874 (D. 76, I, 72) ; Cass. 27 juin 1893 (D. 93, I 488) ; Cass., 23 déc. 1895 (S. 96, I, 533) ; Req., 20 déc. 1895 (D. 96, I, 20) ; Cass., 20 mars 1900 (D. 1901, I, 477) ; Cass., 5 fév. 1901 (D. 1902, I, 41) ; Req., 7 mars 1902 (S. 1902, I, 504) ; Rouen, 19 janv. 1844 (S. 44, II, 393) ; Paris, 17 nov. 1848 (S. 48, II, 200) ; Bastia, 25 avril 1855 (S. 55, II, 422) ; Caen, 18 mai 1864 (S. 65, II, 103) ; Poitiers, 22 déc. 1887 (S. 88, II, 88, I, 79 et la note de Lyon-Caen) ; Pau, 5 déc. 1890 (*J. des fail.* 90, 28) : Pau, 5 juil. 1892 (*Gaz. Pal.*, 1892, II, 286) ; Poitiers, 8 déc. 1892 (P. 1894, II, 93) ; Seine, 5 avril 1891 (*A. C.*, 92.225) ; Rennes, 4 janv. 1894 (D. 94, I, 120) ; Paris, 6 mai 1890 (D. 91, II, 219) ; Seine, 16 mars 1896 (*Le Droit*, 16, 18 août 1896) ; Aix, 6 avr. 1903 (*R. S.*, 1903, 23) ; Lyon, 12 juin 1903, (*A. C.*, 1904, 22) ; Lyon,

La participation, *en admettant* la fiction de personnalité, *ne saurait* donc être une personne morale, puisque les tiers n'ont jamais à faire qu'à *un seul* individu, qui traite avec eux en son seul nom, sans révéler l'existence d'autres coassociés ; mais ne disons pas avec M. Poulle (1), qu'il en est ainsi parce qu'elle n'a ni raison sociale, ni capital social ; c'est là un cercle vicieux, puisque précisément ces dernières circonstances ne sont que les conséquences du défaut de personnalité, ou pour mieux dire, du caractère occulte (2).

II

Mais, *nous rejetons la théorie de la personnalité morale*, c'est une notion juridique fausse, elle ne constitue qu'une fiction inventée par les juristes et ne correspond à aucune réalité.

Il ne s'agit pas pour nous de savoir, si la participation est ou non une personne morale, mais de savoir dans quelle mesure elle sera régie par le principe juridique réel que nous voulons substituer, pour toutes les sociétés commerciales, à la notion fictive de personnalité et quelles seront pour la participation les applications possibles de ce principe nouveau.

Nous ne croyons pas faire là œuvre inutile, c'est d'abord vouloir remplacer une théorie que nous estimons fausse par une autre que nous jugeons plus exacte ;

7 déc. 1903 (1904,416) ; Paris, 27 juin 1905 (*R. S.*, 1906, 101) ; Toulouse, 30 juin 1905 (D. 1906, V, 8).

(1) G. Poulle, *op. cit.*, 43.

(2) C'est ainsi que M. Pelsmæker indique comme conséquence de la non-personnalité 1° défaut de patrimoine social, affecté par préférence au paiement des dettes contractées pour le compte de la participation ; 2° la nature immobilière du droit de chaque société ; 3° l'impossibilité pour la participation d'ester en justice ; 4° le défaut de domicile légal (*op. cit.*, 42 et suiv.).

ce n'est pas ensuite faire une œuvre purement spéculative et dénuée de tout intérêt pratique, et pour ne pas qu'on nous accuse d'exploiter une théorie nouvelle dans notre thèse sans autre but que celui d'allonger les développements, signalons immédiatement les inconvénients fâcheux qu'engendre pour la participation, la théorie de la personnalité ; nous le répétons, ce n'est pas parce que les conséquences d'un principe sont défectueuses que nous le trouvons faux et que nous voulons le changer, mais parce que juridiquement et historiquement il est faux *en lui-même*, et si en le remplaçant par un second plus juste, nous arrivons à modifier, à atténuer quelques-uns des inconvénients résultant du principe opposé, nous n'aurons pas fait œuvre inutile. *Ces inconvénients existent* et provoquent même de choquantes inégalités.

La participation n'est qu'une commandite déguisée, par suite de cette circonstance, elle ne saurait être revêtue de la personnalité morale, contrairement à la commandite proprement dite.

En conséquence, supposons d'une part, une commandite, de l'autre une participation : les créanciers sociaux ont des poursuites à exercer pour recouvrer des créances contractées à leur profit dans l'intérêt des sociétés.

Les créanciers des commanditaires auront un *droit de préférence* sur leurs apports ; les créanciers du gérant de la participation ou du participant avec lequel ils auront traité devront subir le concours des créanciers personnels du gérant ou du participant, et cependant les dettes de la société, dans les deux cas, auront été contractées dans son intérêt, participants et commanditaires ont également bénéficié des transactions qui leur ont donné naissance.

Certains trouvent cette situation très équitable, car « les tiers qui traitent avec l'un des participants ignorent ou du moins sont censés juridiquement ignorer qu'il est l'associé des autres, ils ne doivent donc compter que sur son crédit personnel ».

Fort bien quand cette ignorance existe, mais quand la certitude du contraire est juridiquement établie ? supposons cette hypothèse : par leur agissements, les participants ont révélé aux tiers que celui avec lequel ils traitent n'agit pas *que* pour son compte, mais pour *le leur* également et qu'ils sont coassociés ; le gérant est, d'après les statuts, propriétaire des apports des participants en question, les tiers *le savent* au moment où ils traitent avec lui, plus tard ils font juridiquement la preuve de ce fait, de l'existence des participants, et du chiffre des apports dont le gérant est devenu propriétaire, admettons même qu'ils ne fassent la preuve que de l'apport ; quand ils poursuivront le gérant ils n'auront toujours aucun droit de préférence sur cet apport, et cependant ils le connaissaient, c'*est en vue de lui* qu'ils ont traité, dans cette hypothèse ils ne comptaient *pas que* sur le crédit personnel du gérant.

Nous verrons si en basant le droit de préférence sur une autre notion que celle de personnalité nous ne pourrons pas remédier à cet état de choses.

Autre inconvénient : le *droit du commanditaire* aux *bénéfices*, dans tous les cas, sera traité comme un droit mobilier, celui du participant ne sera considéré comme tel *que* s'il porte sur des biens mobiliers ; cette différence absolument illogique se manifestera notamment au cas de succession et de régimes matrimoniaux ; lors d'une communauté légale, en admettant qu'ils portent tous deux sur des immeubles de même nature, les droits du

commanditaire tomberont en communauté, ceux du participant resteront propres ; au fonds, les deux droits sont les mêmes.

Au cas de faillite de la société, jamais le commanditaire ne sera inquiété s'il a versé intégralement son apport ; dans la participation, même en supposant pareille condition remplie par le participant, s'il n'a pas été fait de stipulations expressément contraires, le gérant pourra s'adresser à lui pour réclamer de sa part une contribution au passif ; il est même parfois convenu dans la participation que le gérant, en cas de faillite, pourra se comporter vis à vis des participants comme un créancier vis à vis de codébiteurs solidaires, s'adresser indifféremment à un seul, sauf à celui-ci à recourir ensuite contre les autres ; cette hypothèse, heureusement, est peu fréquente, mais elle existe, paraît-il, quelques fois dans la pratique. La nature occulte de participation suffit-elle à justifier de pareilles différences entre elle et la commandite ?

Le gérant de la participation pourra au détriment de ses coassociés compenser une dette personnelle avec une créance sociale.

En droit fiscal, également, la théorie de la personnalité morale aboutit à faire à la participation une situation très inférieure à celle des autres sociétés, soi-disant personnes morales. C'est ainsi que, lors du partage, les mêmes conditions étant remplies de part et d'autre, on exige pour la participation le droit de *mutation*, à titre onéreux, variable suivant la nature des biens sur lesquels porte le partage ; pour les autres sociétés on exige seulement le droit beaucoup moins élevé de 0 fr. 20 °/₀ et indépendant de la nature des biens partageables.

Tels sont quelques-uns des inconvénients engendrés

par la notion fictive de la personnalité ; ainsi, la doctrine établissant des différences profondes entre les sociétés personnes morales et les sociétés non personnes morales, supprimant aux secondes les droits attribués au premiers, place les sociétés commerciales en participation dans un état notable d'infériorité (1), il n'est donc pas inutile à propos de la participation d'étudier la personnalité morale.

Qu'on nous permette, aussi brièvement que possible, d'exposer la théorie démontrant la fausseté de la personnalité civile.

III

Tout d'abord, *aucun texte ne la consacre.*

Il est tout à fait étrange, pense M. Saleilles (2), que dans notre législation où la personnalité civile est une exception et ne peut émaner que d'une concession de la loi, « la reconnaissance de la personnalité civile, en tant qu'elle s'applique aux sociétés de commerce soit admise par tout le monde, sans cependant qu'elle soit prononcée nulle part par aucun texte de loi. On se contente de quelques dispositions qui, dit-on, l'impliquent forcément (3), de telle sorte que la plus importante attribution de personnalité que la loi eût jamais faite se serait réalisée par voie de concession tacite, et encore les textes d'où l'on a induit toute cette théorie, les principaux tout au moins, pourraient à la rigueur s'expliquer

(1) V. Mongin, Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité, *Revue critique*, 1890, p. 697.

(2) Saleilles, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, *A. C.*, 1895, 10.

(3) Ce sont les art. 529 du C. civ. et 69, 6° du C. proc. civ.

par certaines considérations étrangères à l'idée de personne morale. »

A) La *tradition*, quoiqu'on en ait pensé, *est contraire* à la théorie de la personne morale, jamais les commercialistes de l'ancien droit ne l'ont admise et d'après M. Meynial (1) les rédacteurs du Code auraient innové en généralisant ce qui jusque-là, n'était qu'une exception, supposant cette innovation plus encore qu'ils ne l'expriment.

M. Saleilles, dans le remarquable article auquel nous avons déjà fait de fréquentes allusions nous expose ce que pouvait être la personnalité civile en *ancien droit*.

α. Dès l'époque la plus ancienne, une société de commerce nous apparaît comme un être juridique à part, comme une entité juridique ayant ses droits et ses obligations, son patrimoine à elle, « si l'on est convenu de donner à ce phénomène de droit le nom de personne morale, il faudra reconnaître presque aux plus anciennes sociétés de commerce, ce caractère de personnalité juridique : est-ce là une conception de l'ancien droit en matière de sociétés de commerce (2) ? »

Tout d'abord, on remarque au début de l'ancien droit, l'idée de *corporation*, à l'histoire de laquelle est reliée celle de la personnalité civile. Le législateur d'alors admet à propos de la corporation : l'absorption des individualités vivantes dans une entité organisée ; les glossateurs admettent cette idée sans qu'un instant ils songent à lui adjoindre l'idée de personnalité juridique, et accordent à la corporation un patrimoine indépendant ; les dettes qui la concernent ne peuvent être poursuivies que sur ce patrimoine. Puis interviennent les canonistes

(1) V. Ed. Meynial, note sous Cass., 23 févr. 1891 (Sir, 92, I, 73) et note sous Cass., 2 mars 1892 (S. 92, I, 497).
(2) Saleilles, *op. cit.*, C. A. 1895, 64.

avec leur idée toute spéciale d'*Institut ecclésiastique* conçue dès les premières communautés chrétiennes, n'impliquant pas l'idée d'une collectivité, mais celle d'un organisme établi en vue d'une œuvre à réaliser » ; le patrimoine affecté à l'église « appartenait non pas au groupe de fidèles, mais à l'œuvre qui en était comme le propriétaire par cela seul qu'elle en était l'affectataire ».

L'idée de corporation venait entraver celle d'institut, la seconde se maintint pour ce qui touchait à la propriété, la première pour ce qui touchait à l'administration.

Quelle idée va alors se faire le droit canonique de la corporation ecclésiastique là où elle existe ?

Deux idées guidaient les canonistes, l'une, celle de l'unité de l'être complexe qui constitue la corporation, l'autre celle « de l'être figuré que le droit canonique aime à se représenter dans toutes choses de la vie matérielle ».

Le résultat de cette dernière idée, prise comme principe, fut la *création d'une personne fictive*. Mais les canonistes n'appliquent cette idée de personne fictive qu'aux entités constituant une corporation et Innocent IV différencie ainsi les *societates* et le *corpus* : « dans les sociétés on prend en considération les individus qui les forment à tel point que la mort de l'un d'eux dissout la société, tandis que le corpus a une existence indépendante de celle de ses membres et subsiste alors que les personnes qui le constituent changent et se renouvellent sans cesse. »

Telle est l'idée que les canonistes se font de la corporation : « elle est assimilable à une personne, elle a tous les droits qu'aurait une personne réelle, sauf

ceux qui impliquent une personnalité au point de vue spirituel ».

β. Cette idée d'une personne fictive née chez les canonistes du Moyen Age va être acceptée désormais par tous les civilistes, et chez les post-glossateurs elle règne sans discussion ni réserve.

La *fiction* est désormais érigée en *système juridique :* on aboutit alors à la séparation des patrimoines des membres de la corporation d'avec celui de la corporation, soustrayant ainsi le patrimoine de la corporation aux créanciers personnels de ses membres ; une fiction en entraîne une autre, on admit celle de la *capacité* de la *corporation*, et du jour où les « membres de la collectivité n'eurent plus rien de commun, juridiquement parlant, avec l'être nouveau qu'ils contribuaient à former, il ne pouvait plus être question d'une responsabilité personnelle dont ils fussent tenus, limitée ou illimitée, peu importe, sur leur propre patrimoine.

B) Telles sont pour la *fin de l'ancien droit* les conséquences de la personnalité fictive ; « mais, si l'on poussait jusqu'à l'époque du droit *moderne*, il serait facile de montrer cette théorie artificielle développant enfin toutes ses conséquences et aboutissant à ce résultat extrême de faire de la personnalité civile non plus une conception *inhérente à l'idée de corporation* ou de collectivité unifiée, mais une *forme de construction patrimoniale*, une nouvelle catégorie de sujet juridique en matière de propriété, donc une modification de la propriété. Dans le droit ancien, la personnalité civile n'est pas quelque chose de distinct de la corporation ; là où la corporation existe, elle existe avec tous ses attributs, donc avec la personnalité qui la caractérise, et si l'autorisation administrative est exigée, ce n'est pas

proprement à l'effet de conférer la personnalité, mais pour autoriser l'existence de la corporation; de telle sorte que si une corporation est autorisée à vivre, on ne conçoit pas qu'elle soit privée de ses moyens d'existence, on ne la conçoit pas sans personnalité et il n'est pas besoin d'une concession nouvelle pour que la personnalité lui soit attribuée (1) ». En France, à la dernière époque du droit coutumier, l'idée de corporation englobe désormais tous les corps doués de la personnalité civile et dans elle seule s'incarne l'idée de personne civile, on *ne conçoit pas* l'idée de *personnalité séparée* de l'idée de corporation et vice-versa. Le droit moderne a *faussé* ces notions, il a fait de la personnalité civile une qualité juridique qui s'est détachée de l'idée de corporation pour devenir une forme abstraite, une manière d'être de la propriété, une conception patrimoniale dont l'État se réserve le monopole et qu'il concède à qui il veut.

C) On sait maintenant ce qu'était la personnalité morale en ancien droit, et M. Saleilles en faisant application aux sociétés de commerce, se demande si la *commandite était devenue une personne civile* au sens de l'ancien droit?

Évidemment *non avant 1673*, car la corporation seule était personne morale; l'ordonnance de 1673 aurait-elle eu l'intention de *transformer* la commandite en personne morale?

Non, car d'une part, toute une classe de commandites ne sauraient avoir acquis la personnalité civile, ce sont les *participations ;* d'autre part, pour les sociétés entre négociants, l'ordonnance ne leur reconnaît

(1) Saleilles, *op. cit.*, nº 44.

pas la raison sociale, elle ne se prononce pas sur ce point (1).

Les commandites ont donc fonctionné pendant l'ancien régime comme elles fonctionnent aujourd'hui chez nous et cependant elles *n'avaient pas* la personnalité, elles comportent un *patrimoine* qui *sans être* celui d'une personne morale est traité de la *même façon* au point de vue des conséquences juridiques ; nous aboutissons ainsi à une indentité de résultats avec des principes différents, quels étaient donc ceux dont les conséquences étaient les mêmes que celles de la fiction de personnalité ?

Tout d'abord, il faut se demander quelle est la conception juridique de la propriété afférente à la commandite.

Si la commandite n'est pas une personne morale, quelle est à la *situation juridique* de son patrimoine social et à qui appartient-il ?

Le patrimoine social est une *copropriété*, elle ne ressemblait en rien à celle du droit romain, elle produisait au contraire des résultats à peu près analogues à ceux de la personnalité.

Il y avait là purement et simplement un exemple de plus d'une conception de la copropriété, quelque chose d'approchant de la *propriété en main commune* du droit allemand : indisponible pour chacun individuellement, en tant que chacun agirait seul, elle ne peut appartenir pratiquement qu'à ceux qui la tiennent sous leurs mains. Le droit de chacun se caractérisait comme une part d'intérêts dans une masse commune avec droit

(1) Voir l'étude de M. Saleilles pour des explications plus développées.

actuel à la jouissance commune et droit éventuel au partage.

Cette dernière formule convient aux premières sociétés de commerce, tout au moins en nom collectif; plus tard on conçut la possibilité d'organiser certaines facilités d'administration, de concentrer l'administration en une seule main.

S'il s'agit alors de sociétés de commerce fondées par des gens qui gardent chacun leur vie séparée et par suite leur petit patrimoine propre, cela revient à constituer un patrimoine commercial *séparé* de chacun des patrimoines personnels des associés.

C'est la théorie du *patrimoine d'affectation* à laquelle nous voulions en venir et que nous voulons substituer à celle de la personnalité.

Un individu pouvait par *affectation volontaire* soustraire une partie de ses biens à ses créanciers, pourvu bien entendu que ce nouveau patrimoine ainsi affecté à une destination exclusive forme à l'apparence aussi bien que dans la réalité un ensemble séparé et distinct, dont la destination ne puisse tromper personne : le patrimoine ainsi affecté à l'exploitation de l'entreprise aura une *vie propre*, ses obligations et ses droits *personnels*, les créanciers de la société auront sur lui un droit de *préférence*, mais *pas* le moins du monde *en vertu* de la fiction de *personnalité ;* on ne parlera pas du patrimoine de la société personne fictive, mais d'un patrimoine affecté volontairement à une destination spéciale.

Nous arrivons ainsi à une première conclusion : *il est faux* de parler de personnalité morale à propos des sociétés commerciales, le patrimoine qui sert à leur exploitation a une vie propre uniquement par suite de son *affectation spéciale*, les différences résultant entre

les sociétés de la notion historiquement et juridiquement fausse de personnalité n'ont donc plus de raison d'être, les règles à appliquer aux sociétés ne doivent être que la conséquence unique du principe d'affectation spéciale du patrimoine (1).

§ II. — *La théorie du patrimoine d'affectation appliquée à la participation*

Pour que cette digression, peut-être un peu longue, ne nous fasse pas perdre de vue le but que nous poursuivons, appliquons immédiatement le principe d'affectation spéciale du patrimoine à la société en participation et recherchons si cette innovation est utile en ce sens qu'elle modifie ou atténue les inconvénients signalés plus haut.

A) Pourra-t-on *attribuer aux créanciers sociaux un droit de préférence dans la participation en le basant sur une affectation spéciale du patrimoine?*

Distinguons d'une part les participants, d'autre part le gérant.

α. On connaît la situation des participants : ils apportent en société une part de capital destinée à l'exploitation

(1) Nous n'avons pas exposé dans leur ensemble, la critique de la fiction de personnalité morale, ni la théorie elle-même du patrimoine d'affectation ou plus généralement de la propriété collective, ceci aurait dépassé de beaucoup le cadre de notre étude. Pour la connaissance de cette nouvelle doctrine, déjà très connue d'ailleurs, il nous suffira de renvoyer aux principaux auteurs qui l'ont exposée. C. f., Saleilles, *Théorie de l'obligation*, nos 144, 320, 322, etc. ; L. Josserand, *Essai sur la propriété collective* (*Livre du Centenaire*), I, p. 357 ; Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 1884 ; Négulesco, *op. cit.* ; Brinz (*Pandekten*, 1884, I, § 59-60 ; 1888, t. III, § 446) qui est lui-même l'auteur de la théorie du *Zweckermögen* ; Bekker, *Pandekten*, 1886, t. I, § 59-60 ; O. Gierke, *Deutsches Privat Recht*, § 77 et 78 et G. Rumelin, *Zweckermögen und Genossenschaft*, Freiburg, 1892.

d'une entreprise déterminée, cette part de capital est *employée spécialement* à la recherche d'un bénéfice à partager, cette fraction de la fortune du participant a une existence absolument indépendante, elle constitue une entité juridique autonome, il y a dans ce fait, *affectation spéciale* d'une partie du patrimoine de chaque participant.

Quelles seront les conséquences de cette affectation à l'égard des créanciers sociaux ?

Dans son étude sur la personnalité à propos de la commandite, M. Saleilles, nous parlant des commanditaires, nous dit qu'ils pourront fort bien soustraire une partie de leurs biens à leurs créanciers personnels car, « à l'apparence, l'acte par lequel ils effectuent leurs mises est pour les tiers une véritable et complète aliénation » ; vis à vis des créanciers personnels des commanditaires, « il y a aliénation au moins apparente, et l'on comprend que cette aliénation apparente leur soit opposable (1) ».

Comme corollaire de l'opposabilité de cette *aliénation apparente* aux créanciers personnels, s'ensuit un *droit de préférence* accordé aux créanciers sociaux sur le fonds social.

M. Saleilles fait ainsi dériver le droit de préférence de la publicité de l'affectation spéciale ; or, dans la participation, cette affectation existe certainement, mais elle est secrète, sinon il n'y aurait plus de participation ; dès lors les créanciers personnels des participants ne peuvent la connaître, il serait injuste de la leur opposer et d'attribuer sur cette part affectée spécialement un droit de préférence aux créanciers sociaux.

(1) Saleilles, *op. cit.*, A. C., 1897, 38.

Voilà une des conséquences du principe d'affectation ; sans doute, il n'y a aucune innovation comparativement à ce qui se passait dans la théorie de la personnalité morale, mais ceci ne provient pas le moins du monde de l'inexactitude de notre théorie, mais *du caractère occulte* de la participation.

β. Il peut cependant se rencontrer un cas où l'exercice du droit de préférence par les créanciers sociaux est possible : les participants par leurs agissements se sont révélés aux tiers comme de véritables associés et les ont amenés à traiter en considération de leur responsabilité éventuelle ; de par le fait de cette immixtion, les créanciers peuvent poursuivre les dits participants ; or, s'ils établissent la preuve juridique du chiffre de leurs apports, puisqu'ils ont traité avec les associés dans l'espoir d'un recours futur sur ces apports, il nous semble que l'affectation spéciale de cet apport doit leur donner sur lui un droit de préférence (1).

C'est le cas des associés, prenons celui du gérant et restons pour commencer dans notre première hypothèse : *révélation faite aux tiers par les participants de leur réelle qualité d'associés par suite de leurs agissements ;* les créanciers ne traitent plus avec les associés, mais avec le gérant, seulement ils sont amenés à traiter avec lui parce qu'ils savent qu'il dispose d'autres fonds que les siens propres et parce qu'ils escomptent un recours possible sur les apports des associés, sur le patrimoine *affecté spécialement* que le gérant a entre les mains ; ils font la preuve de ces apports ; au moment des poursuites, le gérant en est propriétaire, l'intérêt des créanciers

(1) C'est ce qui a lieu en Angleterre, où le participant, sleeping partner, est tenu personnellement et solidairement vis à vis des créanciers dès que ceux-ci parviennent à prouver sa qualité d'associé.

sociaux ne sera-t-il pas lésé, si, partant toujours de notre principe d'affectation spéciale des apports que le gérant a en sa propriété pour les besoins de ses opérations, on ne leur accorde sur ce « patrimoine spécial » aucun droit *de préférence?*

M. Saleilles croit qu'on ne saurait parler de séparation de patrimoines au cas d'une commandite occulte, mais l'hypothèse où il se place, hypothèse normale sans doute, est celle opposée à la nôtre : les créanciers sociaux ignorant qu'il y ait des associés et croyant que les fonds dont le gérant a la disposition appartiennent à lui seul, les participants ne faisant pas publiquement acte d'associés ; dans ces conditions évidemment aucun droit de préférence n'est possible, « pourrait-on parler d'une séparation de patrimoines entre deux masses d'un même patrimoine ? »

γ. Mais, « pourrait-on supposer qu'un individu qui n'est pas en société et qui fait le commerce à lui seul puisse encore faire deux parts dans son patrimoine, l'une qu'il affecterait à son commerce et qui serait le gage exclusif de ses créanciers commerciaux et l'autre qui resterait le gage de ses créanciers non commerciaux ?

« L'utilité d'une séparation de patrimoines, au point de vue commercial, est exactement la même que dans le cas de société ».

En se plaçant non plus au point de vue de l'histoire, mais uniquement au point de vue rationnel, il n'y a « aucune objection de principe, à condition bien entendu que la masse affectée au commerce pût être indiquée par acte public, à ce qu'un commerçant puisse opérer une séparation entre deux parts de son patrimoine par voie d'affectation précise et publiquement manifestée de façon à déjouer les fraudes ».

Nous arrivons ainsi à l'évolution complète de notre théorie, elle n'est que « la *généralisation* du principe posé par l'ancien droit d'une distraction de gage rendue possible par voie d'affectation ».

Examinons maintenant l'hypothèse suivante qui nous semble dès lors réellement possible : le gérant d'une participation déclare aux tiers par acte public qu'il affecte à son commerce une somme déterminée, il agit là comme un simple commerçant non associé, en réalité il n'est pas autre chose aux yeux des tiers. Dans cette somme sont compris les apports des participants, le gérant en a été déclaré propriétaire par les parties; rien n'empêche le gérant de faire cette affectation, et alors infailliblement, mathématiquement en quelque sorte, devront s'appliquer les règles de notre théorie : il y a publicité, les tiers *connaissent* l'existence et l'affectation exclusive du patrimoine déclaré, on ne saurait donc *refuser* aux créanciers sociaux, ou plus exactement aux créanciers commerciaux du gérant, un *droit de préférence* sur ce patrimoine *en vue duquel* ils ont traité.

Si l'on pouvait hésiter dans les autres hypothèses, il nous semble que celle-ci ne permet plus aucun doute ; elle est juridique, elle est vraissemblable, le caractère de la participation n'est nullement atteint, elle reste évidemment occulte ; on ne saurait d'autre part nier l'intérêt pratique de cet agissement, le gérant jouit par ce moyen d'un *crédit* beaucoup plus considérable que dans le fonctionnement habituel de la société, puisque cette déclaration d'affectation lui permet de faire connaître aux tiers les capitaux dont il dispose et par conséquent de traiter beaucoup plus aisément avec eux.

Le secret de la participation n'est pas violé, le patrimoine d'affectation seul est publié, les noms des partici-

pants ne le sont *pas*, le gérant n'est pour les tiers qu'un simple particulier. On ne saurait dire que cette manœuvre est au désavantage des participants, parce que leurs apports seront soumis aux recours des créanciers ; non, car d'abord, *même autrement*, si au moment des poursuites le gérant est propriétaire de leurs apports, ceux-ci *disparaîtront également*, peu importe que ce soit par concurrence avec les créanciers personnels ou d'une autre façon ; en outre, ils bénéficient de cette façon de faire qui permet au gérant de faire fructifier davantage son commerce ; enfin rien ne les empêche de faire deux parts dans leurs apports, une dont, pour les besoins du crédit, le gérant sera déclaré préalablement propriétaire et qui contribuera à la formation du patrimoine *public* d'affectation, une seconde dont ils resteront eux-mêmes propriétaires *occultes*, la soustrayant ainsi au recours éventuel des créanciers sociaux ; la participation comprendra ainsi *deux* patrimoines : l'un *public*, *seul connu des tiers* qui ne verront d'ailleurs en lui qu'un patrimoine spécial d'un simple particulier, l'autre *occulte*, connu *seulement* du *gérant* et des *participants*.

Les avantages de l'une et de l'autre façon de faire sont ainsi réunis, les participants restent inconnus touchent également leurs bénéfices, contribuent également aux pertes. Il nous semble voir là la *manifestation suprême* de la participation, l'application que nous lui avons faite de la théorie du patrimoine d'affectation aboutit ainsi à des conséquences d'un intérêt pratique et théorique considérable, elle lui permet d'acquérir une grande importance et de jouer un rôle très utile dans le développement du commerce moyen.

Parler de personnalité morale, et mettre à sa place

comme principe directeur, celui d'affectation spéciale, n'était donc pas inutile (1).

B) La *fiction de personnalité exclut dans les sociétés commerciales toute possibilité de compensation entre les créances ou les dettes de la société et celles qui sont personnelles aux associés*. Or, dans la participation il n'y a pas de société personne morale ; vis à vis des tiers une seule personne existe, le gérant ; par conséquent on ne saurait distinguer les obligations de la participation personne morale, et celles du gérant, la compensation *sera donc possible* entre une dette personnelle du gérant et une créance née pour le compte de la participation, puisque ces deux obligations sont confondues dans les mains d'une seule et même personne. Les participants pourront ainsi se trouver aisément frustrés, si le gérant se sert de droits nés à leur profit pour éteindre ses dettes personnelles.

Si au contraire, nous appliquons à la participation la théorie du patrimoine d'affectation, cette compensation ne *sera plus possible* : en effet, les tiers sauront que le gérant a entre les mains un patrimoine spécial dont l'existence est indépendante du reste de sa fortune, aussi ne pourront ils pas faire servir indistinctement le patrimoine personnel du gérant et le fonds social à la réalisation des droits ou des obligations nés au sujet de l'entreprise que dirige le gérant. Seul y servira le patrimoine qui y est affecté spécialement.

C'est la conclusion à laquelle arrive M. Mongin ; dans la société en nom collectif, l'action contre l'associé n'est subordonnée *qu'à* une mise en demeure préalable de la

(1) Pour la conciliation de cette théorie avec les textes actuels, voir l'Etude de M. Saleilles précitée.

société. Quand il s'agit de sociétés civiles, et dans ce terme il comprend la participation, ne pourrait-on pas décider aussi que le créancier social ne doit pas agir de plano contre un associé isolé, mais qu'il est tenu de mettre la société en demeure (1)?

Pour la participation, on décidera donc que le créancier social ne devra pas agir *de plano contre le gérant* ou le *participant* avec lequel il a traité, et qu'il sera tenu, évidemment lorsque l'affectation sera apparente, de déclarer si son action vise ou non le patrimoine spécial; toute compensation sera désormais *impossible.*

C) L'article 529 du Code civil, *attribue le caractère mobilier aux actions et intérêts des sociétés personnes morales*; l'associé, au lieu d'être *copropriétaire* a seulement un droit au partage des bénéfices, c'est à dire une créance purement *mobilière.* Il en est autrement au cas d'une société *non personne morale,* comme la participation, chaque associé a un droit de copropriété de nature *indéterminée*, mobilier *ou* immobilier suivant la nature des biens au moment du partage. Le caractère du droit du participant est ainsi tenu en suspens; de là de graves inconvénients, surtout si la société en participation est de longue durée: que devient le droit du participant, s'il se marie sous le régime de la communauté légale, si par testament il lègue ses meubles? En outre, de ce fait, que le droit du participant peut être considéré comme mobilier ou immobilier suivant les cas, résultent au point de vue *fiscal* d'autres graves inégalités : si un participant cède son droit, l'enregistrement percevra le droit de mutation immobilière alors que pour les autres

(1) V. Mongin, Etude sur les sociétés dénuées de personnalité, *Revue critique*, 1890, 697 et suiv.

sociétés il n'aurait jamais perçu que le droit de mutation mobilière (1).

Tous ces inconvénients disparaissent avec notre théorie.

α. On peut distinguer deux éléments dans le droit des associés, l'un actuel ayant trait aux bénéfices et celui-là sûrement mobilier, l'autre, futur ayant trait au partage des biens sociaux et variable selon leur nature, or il est impossible de traiter le droit de l'associé à la fois comme mobilier et immobilier, on prendra donc comme criterium l'*élément dominant*, le droit du participant sera classé d'après l'importance de son élément dominant; c'est ainsi que nous appliquerons ce criterium aux sociétés en participation qui tendent principalement à la réalisation de bénéfices.

Toute société n'a pas pour but principal de partager des bénéfices, il en est dont le but principal est l'acquisition d'immeubles et alors même qu'elles seraient commerciales, notre criterium les régira.

Donc la théorie du patrimoine d'affectation nous permet de ne plus accepter la personnalité comme criterium et ainsi le caractère du droit des participants n'est plus tenu en suspens pendant une période qui pourrait être très longue, il est fixé définitivement dès l'origine de la participation conformément aux distinctions que nous venons d'établir.

Comme dans la participation, l'élément dominant est la recherche d'un bénéfice, le droit du participant est *mobilier* et traité comme tel : son droit s'il est marié sous le régime de la communauté légale ou s'il lui échoit pendant le mariage à quelque titre que ce soit, tombera

(1) Pour plus de détails concernant le droit fiscal et la théorie du patrimoine d'affectation, V. *infra*, notre dernière partie.

dans la communauté ; la cession de ce droit échappera à la formalité de la transcription, le fisc ne percevra pas le droit d'enregistrement qu'il demande pour transmission immobilière (1).

Telle est du moins la théorie de M. Mongin, sans doute elle est juste dans son principe, mais nous la trouvons insuffisante et trop compliquée : la recherche de l'élément dominant est difficile, elle laisse place encore à une incertitude en faisant du droit de l'associé un droit de nature variable.

β. Selon nous, la solution est plus simple, dans tous les cas le droit de l'associé doit avoir la même nature, dans tous les cas il doit être mobilier. « Du moment où l'associé est considéré comme possédant deux patrimoines distincts, on conçoit qu'il s'établisse entre eux des rapports de créance et d'obligation analogues à ceux qui existent entre deux personnes différentes. Ainsi le droit de toucher, individuellement des dividendes est de plus en plus traité en pratique comme une créance d'un genre particulier, existant contre la société. Ainsi encore ce qu'on appelle sa part (action ou intérêt) figure dans son patrimoine personnel en même temps que dans le patrimoine social, c'est une valeur représentative de la part réelle et qui peut être aliénée par lui et saisie par ses créanciers. Devons-nous voir en cette valeur un *droit de propriété?* Pas pour le moment. Ce sera un jour une propriété, lorsque la société sera dissoute et que les ex-associés se partageront son actif; mais provisoirement *ce n'est qu'une créance* : l'associé ou son auteur a déboursé une somme ou a cédé un bien quelconque pour la formation de la société; la restitution de cette valeur est

(1) C. f., Mongin, *loc. cit.*

due par la société, mais sans détermination précise; elle peut se faire en nature ou en argent. Le patrimoine personnel est donc créancier de la société, et, à raison de l'indétermination de son objet, qui est exprimé seulement par un chiffre, *cette créance* ne peut être que mobilière (1) ».

La jurisprudence et certains auteurs partisans de la théorie de la personnalité assimilent bien le droit de l'associé à une créance (2), mais ils font seulement cette assimilation en ce qui concerne les sociétés personnes morales, ils refusent de voir un droit de créance dans le droit du participant, sous prétexte que, dans la participation, en l'absence de personne morale, ce droit ne peut avoir un débiteur (3).

Dans la théorie du patrimoine d'affectation cette difficulté s'évanouit, le droit de l'associé devient un droit de créance non plus contre une *fiction*, la personne morale, mais contre une *réalité*, le patrimoine d'affectation lui-même; c'est contre ce dernier que porte le droit du participant, ce droit a désormais un débiteur, il est une *créance* au même titre que les droits des associés dans les autres sociétés, il est donc ainsi immédiatement défini, il sera *forcément et toujours* mobilier, *quels que soient les biens sur lesquels il porte.*

D) Quant à la *possibilité pour la participation d'ester en justice*, la question ne peut se poser. Les tiers n'ont jamais affaire qu'à un seul, il n'y aura donc besoin d'assigner que le gérant ou l'associé traitant, eux seuls suffiront à assigner les tiers; ce n'est pas là une consé-

(1) C. f., Planiol, t. I, 2259.
(2) C. f., Paris, 18 août 1881 (S., 82, II, 25) et la note de M. Lyon-Caen.
(3) V. la note précitée de M. Lyon-Caen.

quence du défaut de personnalité, mais uniquement du caractère occulte de la participation.

Au cas de rapports entre les associés, à la différence de l'ancienne théorie, notre nouveau principe nous permet d'aboutir au résultat qui dérivait de la fiction de personnalité pour les autres sociétés.

La maxime : « Nul ne plaide par procureur » n'est pas d'ordre public ; on peut y renoncer d'avance, la renonciation existe par le seul fait que les statuts donnent au gérant le droit de représenter les participants et que les parties en cause ont donné leur adhésion à cette disposition. La possibilité d'ester en justice existera donc en ce cas pour la participation.

E) Si l'affectation que font les participants de leur patrimoine reste secrète vis à vis des tiers, elle est nécessairement connue d'eux et du gérant ; *en cas de faillite*, ce dernier ne pourra plus, comme cela pouvait arriver quelquefois auparavant, s'adresser à un seul des participants pour la contribution au passif.

Il n'y aura plus besoin d'aucune convention expresse pour écarter cette possibilité, l'impossibilité de le faire sera la règle pour le gérant.

En appliquant notre théorie d'affectation du patrimoine, chaque participant ne pourra être tenu vis à vis du gérant que *dans la mesure de son apport*, les participants ne pourront plus être tenus *solidairement*, le gérant aura autant de recours séparés à exercer qu'il y aura de patrimoines différents affectés à l'exploitation ; l'hypothèse, possible autrefois, d'un seul participant poursuivi pour le tout, sauf exercice de son recours contre ses coassociés solidaires, ne pourra plus exister désormais.

Tels sont quelques-uns des résultats auxquels aboutit

pour la participation la théorie d'affectation du patrimoine. Après avoir rejeté une notion juridiquement et historiquement fausse, nous avons supprimé les différences illogiques qu'elle créait entre les sociétés sans autre fondement qu'elle seule, nous l'avons remplacée par un principe exact : nous avons ainsi remédié aux inconvénients résultant de l'ancien état de choses, en ne laissant subsister entre les sociétés que les *seules* différences *inhérentes* à leur *propre* nature.

Section V. — *La société en participation comparée à d'autres contrats*

§ 1

Comme toutes les institutions juridiques, la participation en rencontre d'autres qui présentent des analogies avec elle. La comparaison entre des rapports juridiques similaires nous a paru un moyen tout indiqué de caractériser plus nettement chacun d'eux et de mettre définitivement en lumière la nature exacte de la participation.

Les différences qui la séparent des autres sociétés commerciales, anonymes en commandite et en nom collectif résident dans la constitution et le fonctionnement de chacune d'elles (1).

Pour la *commandite*, indépendamment de sa formation par actions, nous savons que la seule différence qui la sépare de la participation est la publicité, au fonds leur

(1) Nous n'étudions pas les différences séparant les participations des sociétés civiles, ce point spécial n'offrant rien d'intéressant, ces différences étant les mêmes que pour toutes les sociétés commerciales. La participation peut elle-même présenter parfois les caractères d'une société civile. V. en ce sens. Cass., 17 juil. 1861 (S. 62, I, 374 ; D. 62, I, 118) ; 24 fév. 1872 (S. 72, I, 175, D., 72 I, 10.)

nature est la même, les règles qui régissent chacune d'elles sont fondées sur cette seule dissemblance.

Contrairement à la participation qui est une société de personnes, où c'est un gérant qui agit en nom, la société *anonyme* est avant tout une société de capitaux et se forme d'une façon spéciale par voie d'actions ; la nature de ces deux sociétés est essentiellement différente quoiqu'elles aient porté le même nom autrefois. La constitution de la société anonyme est nécessairement sujette à publicité, toutes les différences qui les séparent viennent de ces deux causes, occultanéité de la première, publicité de la seconde ; société de personnes pour l'une, société de capitaux pour l'autre.

La société *en nom collectif* est bien une société de personnes, mais tous ses membres forment une association connue des tiers, chacun d'eux est connu de ces derniers comme associé et tous prennent une part effective à la gestion de l'entreprise.

Dans la participation, les tiers ne connaissent qu'*une seule* personne ou que des individus isolés : au cas de participation-commandite, ils ne connaissent que le *gérant*, ils ne traitent qu'avec lui, les participants doivent leur rester inconnus et ne pas s'immiscer dans la gestion ; au cas de participation-société en nom collectif, les tiers n'ont toujours à faire qu'à des *individus isolés*, quand ils traitent avec l'un ils ne connaissent *pas les autres* comme ses associés, à leurs yeux chacun d'eux *agit pour son propre compte*.

Ainsi pour toutes les sociétés, la principale différence qui les sépare de la participation réside dans le caractère occulte de cette dernière, toutes les autres, publicité, moyens de preuve, dissolution etc..., n'en sont que la conséquence directe.

Distinguons maintenant la participation des conventions similaires auxquelles nous faisions allusion au début de cette section.

§ 2

Fort souvent, la jurisprudence a été amenée à distinguer la participation d'autres conventions telles que les contrats de *mandat*, de *commission*, de *louage de services avec participation du commis aux bénéfices*.

C'est avant tout une question de fait, d'interprétation de la volonté des parties ; si elles ne s'en sont pas expliquées d'une façon formelle, les tribunaux devront rechercher si elles ont voulu faire une véritable participation, c'est à dire avec participation aux pertes comme aux bénéfices, ou simplement une convention se bornant à la reconnaissance d'un droit aux bénéfices pour le cas où il y en aurait, sans *affectio societatis* (1).

Le commis intéressé n'est certainement pas un associé en participation puisque pour qu'il y ait société, il faudrait que de sa part il y ait mise en commun et qu'il participe aux pertes comme aux bénéfices, conditions qui pour lui ne sont pas réunies ; il en est ainsi non seulement au cas où la participation aux bénéfices est, en quelque sorte, un supplément de salaire, mais même lorsqu'elle constitue, par un pourcentage déterminé, toute la rémunération de l'employé (2).

(1) Sur la détermination des éléments constitutifs de la société. V. *suprà* notre section III.

(2) V. en ce sens : Seine, 29 nov. 1800 (*J. Le Droit*, 31 déc. 1890) ; Marseille, 9 juin 1892 (Rec. Marseille, 92 I, 260) ; Seine, 23 nov. 1893, (*Gaz. Pal.*, 94, I, 12) ; Paris, 14 févr. 1881 (*J. des Trib. de comm.*, XXX, 471 ; Orléans, 11 août 1885 (*R. S.*, 86, 20) ; Guillouard, *Traité du contrat de société*, n° 14 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité de dr. civ., Du contrat de Louage*, II, 174 ; Houpin, *op. cit.*, I, 9. — *Adde*, Lyon, 23 janv. 1891 ; A. C., 92, 218.

C'est ainsi qu'il a été jugé « que l'acte par lequel deux personnes conviennent de donner une série de représentations théâtrales avec le concours d'artistes engagés par eux, ne constitue ni une société en nom collectif, ni une société en participation, dès lors qu'en qualité de directeur l'un d'eux a pris à sa charge toutes les dépenses de l'entreprise et que l'autre n'a droit pour toute rémunération, qu'à la moitié des bénéfices nets sans contribution aux pertes (1) ». Ce dernier n'est qu'un *simple employé* rétribué de ses services par une part dans les bénéfices de l'entreprise (2).

Constitue un mandat salarié et non une participation, « la convention par laquelle des négociants chargent un tiers, moyennant l'attribution de la moitié des bénéfices, de toutes les opérations d'achat et de revente relatives à une spéculation sur certaines marchandises, si ces négociants ont tenu eux-mêmes les écritures, payé directement les achats et les dépenses d'exploitation, et touché le prix des reventes (3) ». Au criterium résultant du défaut de participation aux pertes s'ajoute ici, celui du défaut d'immixtion dans la gestion de l'entreprise de la part du tiers intéressé (4).

Mais, au contraire, constitue une participation et non un louage d'industrie, « la convention intervenue entre deux sociétés de crédit foncier, aux termes de laquelle l'une apporte ses capitaux, l'autre son industrie dans le but de partager les bénéfices provenant des prêts à réaliser, la part de chacune des sociétés dans les bénéfices et les

(1) Paris, 14 févr. 1881 (*J. des trib. de comm.*, XXX, 471).
(2) V. en ce sens également, Bordeaux, 7 juin 1836 (S., 37, II, 365.
(3) Poitiers, 6 juin 1871, S., 71 II, 212, D., 71, II. 181.
(4) En ce sens, Cass., 21 janv. 1882 (S., 85, I, 23); Bordeaux, 2 juil. 1847 (S. 48, II, 247).

pertes étant nettement déterminées (1) ». Dans le louage d'industrie, en effet, l'une des parties agit pour le compte de l'autre, ici, au contraire, chacune des parties *agit pour son propre compte*, a les mêmes droits et les mêmes obligations que l'autre, fait un apport (2).

L'absence de subordination et *d'intuitu personnæ* permet également à la jurisprudence de décider s'il y a louage d'industrie ou participation ; c'est ainsi qu'il a été jugé : « Qu'il n'y a pas louage de services, mais société de fait en participation dans le contrat qui n'implique pas la subordination de l'un des contractants à l'autre et n'est pas consenti intuitu personnæ, mais accorde à celui des contractants que l'autre s'adjoint pour diriger une entreprise déterminée, une rémunération fixée à la moitié des bénéfices et réunit d'ailleurs les autres caractères d'une société de cette nature réservant même aux héritiers la faculté au cas de décès de continuer l'opération (3) .»

Mais, si la jurisprudence arrive par ces différents moyens à distinguer si dans une convention il faut voir une participation ou un louage d'industrie avec participation aux bénéfices, il est un autre cas dont la solution

(1) Trib. Seine, 18 déc. 1891 (*R. S.* 91, 416).

(2) Toulouse, 20 janv. 1898 (*R. S.* 98, 304) v. en ce sens, Cass., 4 juin 1860 (S., 61, I, 75 ; Paris, 28 mai 1861 (*J. des trib de comm.*, X, 410), Seine, 8 nov. 1887 (*J. Le Droit* 7 déc. 1887) ; Cass., 21 mars 1876 (S., 79. I, 554); Cass., 18 mai 1896 (D., 97, I, 249).

(3) C'est dans ce sens que statue tout récemment la Cour de cassation dans un arrêt du 8 février 1908 (S. 1908, I, 304) : « La convention par laquelle le patron assure à un employé une quote-part de ses bénéfices n'a pour effet de transformer en un contrat de société en participation le louages de services si c'est à titre de rémunération de ses services que l'employé reçoit en sus de ses appointements fixes, cette quote-part des bénéfices si elle ne lui est accordée qu'à la condition que les bénéfices s'élèvent à un chiffre déterminé, *si enfin le patron reste le seul maître de l'affaire et que l'employé continue à se trouver vis à vis de lui dans un état de dépendance incompatible avec la qualité d'associé.*

donne lieu à beaucoup plus d'hésitations, c'est lorsqu'il s'agit de distinguer le *prêt avec participation aux bénéfices* de la société en participation.

M. Ripert, dans une remarquable étude, s'attache à rechercher quel peut bien être le criterium qui les sépare (1).

§ 3

Le *prêt avec participation* consiste à prêter une somme d'argent moyennant stipulation d'intérêts fixes, la société en participation consiste, elle, à apporter des fonds en société avec l'espoir d'un dividende avantageux.

Les différences qui séparent ces deux opérations n'apparaissent peut-être pas dans la forme extérieure du contrat, la remise des fonds n'exige aucune formalité, les deux opérations juridiques peuvent se réaliser de façon identique, de plus elles sont souvent conclues par les parties en des termes qui laissent place à toutes les déductions.

Donc la similitude extérieure entre ces deux conventions n'est pas douteuse.

La recherche d'un criterium de distinction entre ces contrats ne présentera d'intérêt que lorsque leur rédaction et leur aspect extérieur ne suffiront pas pour en dévoiler le caractère. Les sociétés commerciales sont en principe soumises à une publicité qui révèle suffisamment leur nature, que se passera-t-il pour l'association en participation ?

La mise d'une chose en *commun* en vue de retirer les

(1) Ripert, Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation, A. C., 1905, 53 et suiv.

bénéfices de son exploitation, tel est le but du contrat de société d'après l'article 1832 du Code civil, définition dont il faut tirer ce *double* caractère : 1° soumission de l'apport aux *risques* de l'exploitation, affectation de la mise sociale aux dettes de la société ; 2° rémunération *aléatoire* de l'associé par la distribution des bénéfices réalisés.

Remise d'une chose à une personne sous condition de restitution et, en fait, moyennant paiement d'un intérêt fixe, telles sont les circonstances qui caractérisent le prêt d'argent.

« Au premier abord, ces deux conventions paraissent se distinguer assez aisément, mais dans la pratique, grâce aux combinaisons multiples usitées par les parties, ces différences s'atténuent de telle sorte que, d'une part, on peut se trouver en présence d'un associé qui sera garanti, tout au moins partiellement, contre toute contribution aux risques, et même rémunéré à forfait en cas de pertes de la société, sans nécessité d'une proportion avec l'apport ; d'autre part, inversement, le prêteur, au lieu de recevoir une rémunération fixe, peut recevoir à côté ou à la place de cette rémunération une part dans les bénéfices de l'entreprise qu'il subventionne. »

La participation aux bénéfices paraît avoir été jointe au contrat de louage, autrefois à propos du métayage, plus récemment, vers le milieu du siècle dernier, à propos du louage de service ; on ne la rencontre pas dans les grandes entreprises industrielles, mais au contraire elle s'est glissée dans un grand nombre de prêts faits par un particulier à un autre particulier ou à une société de personnes.

« Le prêteur se contente malaisément d'une redevance fixe pour sa coopération à la production, l'emprunteur

n'est pas lésé pour autant, il gagne à la combinaison de s'assurer un crédit qu'il paiera exclusivement sur ses bénéfices, ce sera dans les années de mauvaise fortune un allégement considérable de ses charges.

« Le *prêt* auquel on *adjoint* une *participation aux bénéfices, n'est-il pas* simplement le *versement d'un associé* dans une société en participation et sinon quel est le criterium entre les deux contrats? »

A) Quel est l'*intérêt* de la distinction ?

« Puisque la liberté de contracter n'est soumise à aucune forme tant dans le contrat de prêt que dans la société en participation, qu'importe une distinction et pourquoi vouloir donner une étiquette légale à la convention conclue?

« C'est précisément parce que la volonté des parties n'aura été constatée par aucune forme qu'elle restera imprécise dans ses détails, il faut alors recourir pour l'interprétation aux règles supplétives légales, la remise des fonds sera quelquefois seule constatée, quelles différences faire alors entre le prêt et la société pour les modes de dissolution, l'interprétation du terme dans le prêt ? (1899 Code civil). »

Loin d'être facilitée par les déclarations des parties, la distinction entre les deux contrats sera plutôt entravée, les parties dissimulent souvent leur but dans l'espoir d'échapper à certaines règles, d'où nécessité de restituer à la convention son véritable caractère. (1)

C'est ainsi que nous rencontrerons une participation dissimulée sous le nom de *prêt* en vue d'échapper à certaines incapacités qui frappent quelques personnes comme l'interdiction à un officier ministériel d'entrer dans une

(1) D., 92, I, 151.

société de personnes (1) ; le prêt pourra servir à cacher une clause léonine, réciproquement un prêt usuraire peut être dissimulé sous l'apparence d'une société (2).

En matière fiscale, le traitement appliqué aux deux contrats est différent suivant leur nature, le prêt donne lieu au droit proportionnel d'enregistrement de 1 0/0 (22 frimaire an VII), le contrat de société au droit de de 0 fr. 20 0/0 (28 avril 1893, art. 19).

Les dividendes d'une société sont frappés de 4 0/0 de l'impôt sur le revenu (26 décembre 1898, art. 4), les intérêts du prêt n'y sont soumis que si le prêt a été consenti à une société déjà existante (3).

Le juge se trouve pris dans une alternative : sacrifier aux intentions formellement exprimées par les parties et souveraines en principe, déjouer la fraude que cette expression abrite et rendre au contrat simulé son véritable caractère.

B) *Quel sera alors le criterium?*

D'après l'article 1832, les trois principaux caractères du contrat de société sont : l'apport en commun, la participation aux bénéfices, la participation aux pertes.

L'existence de ces caractères ou d'un seul d'entre eux va-t-elle permettre d'affirmer qu'on est en présence d'une société en participation? Peuvent-ils servir de criterium ? *Assurément non* pour les deux premiers, l'opération de remise de fonds n'impliquant nullement qu'il y ait constitution d'une propriété sociale, quant au second il fait lui-même l'objet de la discussion.

N'y a-t-il pas dans le troisième, une différence caracté-

(1) *J. S.*, 1904, 408.
(2) D., 97, I, 249 ; Paris. 20 janvier 1892, A. C., 92, 24 et la note ; Aubry et Rau, IV, § 396 ; Guillouard, *Du prêt*, 18.
(3) Cf., Boucard, *Sciences des finances*, 1902, II, 806.

ristique avec le prêt qui suppose nécessairement la restitution de la somme avancée?

Mais rappelons les hésitations de la jurisprudence quand elle eut à statuer en matière de société sur les clauses d'*exonération des pertes*.

« Pour la Cour suprême, la participation aux pertes consiste dans la *non rémunération* du capital engagé ; l'apport s'il y a clause d'exonération stipulée est un apport en jouissance. Désormais, même s'il y a eu stipulation formelle par les parties sur la restitution de la somme versée, l'interprète hésitant ne saura plus s'il s'agit d'un effet normal du contrat de prêt ou d'une clause exceptionnelle du contrat de société. »

Comment, d'ailleurs, faire de la participation aux pertes, le criterium distinctif du contrat alors que bien souvent c'est là justement la *question* posée au juge?

α. M. Ripert s'attache alors à rechercher la véritable nature du contrat de société, pour lui ce qu'on trouve dans la société, « ce n'est pas seulement un intérêt commun des contractants, c'est une identité d'intérêts, une *coopération économique* des parties ; dans la société, l'idée de coopération se précise en celle de *collaboration*, en son sens le plus large ».

Cette intention, il ne faut pas la rechercher dans telle ou telle conséquence juridique qui n'a pu être prévue ou qu'on a voulu écarter, il faut rechercher « si les parties ont eu l'intention de *collaborer* pour la recherche commune des bénéfices avec des *droit égaux* et une *responsabilité égale* ».

Ce qui a frappé la jurisprudence de ces dernières années, c'est l'union du travail personnel des parties se manifestant par la direction commune de l'affaire, direction réelle et contrôle réciproque : une personne

avance des fonds, on lui donne une voix délibératrice dans les conseils de société ; refuse-t-on au contraire au bailleur de fonds tout droit de gestion, il n'est pas associé.

Le criterium serait alors pour cette jurisprudence : l'aspect économique du contrat corroboré par son mode d'exécution.

Pour M. Thaller « le droit supérieur d'*assurer la gestion* de l'affaire sociale », tel est l'élément caractéristique du contrat de société (1).

Mais il ne faut pas se laisser entraîner sans doute trop loin par l'obsession d'une formule juridique trop précise.

« Si ce criterium est d'un jeu délicat quand un contrat détaillé énumère les droits d'un bailleur de fonds, il ne fonctionne plus pour le cas où cette faculté d'intervention n'a pas été prévue ou n'a pas été exercée, quelle différence entre l'associé qui n'agit pas parce qu'il ne veut pas agir et le prêteur qui n'agit pas parce qu'il n'a pas le droit d'agir ? ».

C'est là le danger de toute théorie uniciste « du catalogage qui conduit à pousser à fond dans ses éléments abstraits un criterium qui pour pouvoir fonctionner dans tous les cas doit avoir un caractère très large et des manifestations variées ».

La Cour de cassation s'est bien gardée d'isoler un seul des caractères de la société, elle accumule au contraire les criteria, sentant bien que chacun ne prend de valeur que par sa réunion à d'autres. Après cette remarque, M. Ripert édifie son criterium de distinction en lui donnant trois éléments :

(1) V. D. 1904, I, 257, 3 mars 1903 et la longue et savante note de M. Thaller.

β. 1° *Apport des fonds et droit des parties sur ces apports* : la reconnaissance et l'exercice des droits du bailleur de fonds sur son apport fournissent tout d'abord la preuve la plus nette du caractère du contrat. On doit aussi, d'une part, ne pas confondre les droits d'un associé relatifs à la production des bénéfices et ceux d'un créancier relatifs à leur partage, d'autre part, s'assurer que les clauses visant le droit d'immixtion du bailleur ne sont pas restées lettre morte ;

2° *Participation aux bénéfices* : en société, elle est la part d'une collaboration dans la création de ces bénéfices ; dans le prêt, elle remplace une rémunération fixe ou s'adjoint à elle, cette rémunération est tarifée ;

3° *Restitution de l'apport* : sans doute une telle stipulation peut cacher l'illégalité d'une clause léonine, elle n'en est pas moins, quelques fois, le seul caractère auquel le juge puisse se rattacher.

« Il arrive trop fréquemment en pratique qu'un associé se désintéresse complètement de la marche des affaires sociales, il n'en collabore pas moins à l'œuvre commune par l'apport qu'il a fait à la société et qui est soumis aux vicissitudes de l'entreprise. »

Une solution plus précise est impossible.

« On s'obstinait à vouloir échafauder une distinction de la participation aux bénéfices dans le prêt et dans la société, en se basant sur tel ou tel caractère juridique des deux contrats.

« Or, ces caractères ne sont que des conséquences de la distinction de nature entre les contrats, conséquences qui sont justement le sujet des difficultés que l'on veut résoudre par elles. C'est sur l'analyse économique des contrats, sur leur but social que la recherche doit porter ; dans le prêt, il y a assistance de l'une des

parties par l'autre, assistance intéressée bien entendu ; dans la société, il y a collaboration. Le juge devra se demander si l'apport de fonds est fait par une personne soucieuse, sans doute, de la solvabilité de l'emprunteur à l'échéance, soucieuse aussi de la productivité de l'entreprise, mais en définitive, spectateur impassible de la marche de cette entreprise ou au contraire par un auteur qui collabore à son développement par son travail ou son capital. »

γ. La *jurisprudence* si elle n'applique pas ce criterium d'une façon précise semble au moins se baser toujours sur un des trois éléments dont parle M. Ripert pour apprécier la nature de la convention et mettre ainsi en pratique les théories de cet auteur. C'est ainsi que statuent un arrêt de la Chambre des requêtes du 5 décembre 1887 (1) : « La convention par laquelle une partie prête à deux entrepreneurs chargés d'un travail un capital déterminé productif d'intérêts et consent en même temps sur les intérêts à échoir, l'abandon d'une certaine somme, spécialement de 10.000 francs, moyennant l'attribution à lui faite, par lesdits entrepreneurs du tiers des bénéfices de l'entreprise, peut être considérée par le juge du fonds comme renfermant indépendamment d'un prêt une *société* en participation (2) » ; un arrêt de Cassation du 20 décembre 1893 (3) : « doit être considéré non comme un prêt, mais comme

(1) D., 88, I, 430.

(2) Le juge du fonds avait estimé qu'il y avait en même temps un prêt, pour un capital stipulé productif d'intérêts, et une association en participation, en raison de ce que le prêteur avait renoncé à toucher sur les intérêts par lui stipulés, environ le montant de deux années, soit 10.000 francs, moyennant l'attribution qui lui était faite, par les deux emprunteurs entrepreneurs conjoints chargés d'un travail, du tiers des bénéfices de l'entreprise.

(3) D., 94, I, 224.

une *convention de société*, le versement dans un établissement de commerce d'une somme remboursable à une époque déterminée, avec stipulation que celui qui a fait ce versement n'aura droit à aucun intérêt de cette somme, mais seulement à une part de bénéfices à provenir de l'exploitation de cet établissement », un arrêt de Cassation, Ch. des Req., 20 avril 1903 (1) : « Lorsque dans un contrat l'une des parties n'y figure pas seulement comme prêteur, mais y prend le rôle d'un associé, que la mise de fonds est effectuée en vue d'une opération de commerce précise et déterminée, qu'elle a pour objet la vente en détail de marchandises, et que le contrat stipule le partage par moitié entre les contractants des bénéfices, il résulte de toutes ces stipulations *qu'il s'agit bien d'une association en participation* et que l'un des contractants n'a pas le droit de se faire restituer une somme qu'il avait versée non comme prêteur, mais comme associé » ; un arrêt de Lyon du 26 juin 1901 (2) : « L'obligation de contribuer aux pertes est l'un des caractères essentiels du contrat de participation. En conséquence, ne constitue pas une association en participation le contrat dans lequel la prestation faite par l'une des parties d'une somme déterminée, alors même que cette prestation pourrait en l'espèce être considérée comme un apport, n'entraîne pas pour elle l'obligation de contribuer aux dettes. »

Ainsi qu'il est facile de s'en rendre compte, ces quelques arrêts appliquent la théorie de M. Ripert, en ce sens qu'ils n'érigent pas tel ou tel caractère distinctif du contrat de société en un criterium certain et unique, mais qu'au contraire « ils accumulent les criteria sentant

(1) *Gaz. Pal.*, 21 juin 1903 ; *R. S.*, 1903, 6.
(2) D., 1904, II, 198.

bien que chacun d'eux ne prend de valeur que par sa réunion à d'autres ». Dans le dernier arrêt, celui de Lyon, c'est la contribution aux pertes ; dans celui de cassation de 1903, c'est l'aspect général économique du contrat, et dans les deux premiers, ceux de Cassation de 1894 et de 1887 c'est le défaut d'intérêts fixes remplacés par une participation aux bénéfices, toujours variable, qui guident la jurisprudence.

Section VI. — *Enquête pratique sur les sociétés en participation*

Le but de notre enquête était de rechercher quel rôle joue véritablement la participation dans le commerce et l'industrie modernes, nous voulions connaître les raisons secrètes et primordiales des préférences qu'on lui accorde. Notre conclusion traite la question législative, elle envisage la possibilité de remédier aux inconvénients suscités dans la pratique par la participation, notre enquête révélait ces inconvénients, peut-être eût-il été logique de n'en parler qu'à la fin de notre ouvrage ?

Nous avons préféré ne pas le faire : le caractère occulte de la participation était notre principal objectif, nous avions établi qu'il en était le trait essentiel, l'examiner sous une nouvelle face était toujours s'occuper du caractère intime de notre société, préciser son rôle dans la pratique après avoir déterminé ses conséquences juridiques nous permettait une connaissance plus précise de la participation.

Il est certainement très intéressant d'étudier le fonctionnement réel d'une institution après en avoir démonté

les rouages juridiques, mais il est aussi très utile de le faire au point de vue purement doctrinal : l'idée qu'on se fait du droit, étudié seulement dans les livres est forcément vague et superficielle, elle n'aboutit à toute sa concision que s'il est examiné aussi dans ses manifestations vitales ; notre enquête s'offrait à nous comme le meilleur moyen de fixer l'exacte nature de la participation, aussi était-ce bien la laisser à sa place que la faire figurer dans la seconde partie de notre thèse.

Nous voulions principalement savoir *pourquoi on a recours à la forme de la société en participation* et quels sont les motifs qui poussent à la choisir de *préférence* à d'autres.

A cette question nous en avions joint quelques autres et voici à peu près quel était notre questionnaire habituel :

1° Ce genre de sociétés est-il *fréquent*? tend-il à prendre de l'extension? le rencontre-t-on dans une branche de commerce ou d'industrie plutôt que dans une autre? et si oui, pourquoi?

2° Quels sont d'une façon très générale, les *motifs* qui poussent les individus, soit à former une participation plutôt qu'une autre société, soit à adhérer à une société de ce genre? et si c'est le caractère occulte des participations qui les attire avant tout, quelle en est la raison? En un mot, les avantages qu'ils trouvent dans cette forme sociale de commercer;

3° Les sociétés en participation ne sont-elles pas la plupart du temps des sociétés d'*étude* créées pour « lancer une affaire » ?

4° Les rencontre-t-on plus spécialement quand il s'agit d'affaires commerciales ou industrielles de *petite envergure*, et si oui, pourquoi?

5° Rencontre-t-on fréquemment dans leur consti-

tution des *émissions d'actions* ou de parts bénéficiaires ? que penser de cette particularité dans la pratique ?

6° Existe-t-il réellement dans la pratique *deux formes de participation* : la société *momentanée* et celle à *longue durée*, le premier de ces cas ne présente-t-il pas plus que l'autre des garanties de sécurité, et de succès, et sans qu'on veuille ressusciter par là l'ancienne et fastidieuse controverse, n'est-il pas celui qui convient le mieux à la nature spéciale de la participation, tout en admettant que celle-ci est juridiquement compatible avec le second ?

7° Que penser d'une réglementation *législative*, serait-elle utile ?

8° Quels sont en général les *statuts* des sociétés en participation ?

§ I. — *La participation en province*

En Province, dans les quelques endroits où nous nous sommes adressés, on connaît bien la participation, mais on la croit *peu fréquente*, tout au moins dans certaines régions.

Dans la région dijonnaise, notamment, les hommes d'affaire n'ont pas trop souvent à constituer des sociétés de ce genre, ni à s'en occuper de toute autre façon, aussi la jugent-ils plutôt rare !

L'un d'entre eux nous contait n'en avoir connu personnellement qu'une seule en son étude, elle ne constituait qu'une vaste escroquerie et, selon lui, ce détail n'était pas étranger à la nature même de la société.

Cependant les quelques renseignements obtenus dans notre région nous permettaient déjà les conclusions suivantes : la participation attire les capitalistes par son caractère clandestin, elle attire surtout ceux qui veulent

faire du commerce sans le révéler au public, contraints à se cacher ainsi, soit par simple préjugé mondain, soit parce que leur profession est incompatible avec l'exercice du commerce.

Le caractère occulte est également très apprécié de ceux qui veulent se *soustraire* aux obligations résultant de certaines conventions commerciales ; tel l'exemple suivant que l'on nous rapportait : deux associés rompent leur contrat d'association, ils vont ensuite chacun de leur côté exercer le même commerce dans deux régions différentes, ils ont convenu entre eux le pacte qui suit habituellement les dissolutions de société de ce genre, chacun d'eux devra borner son cercle d'action à une région déterminée et ne pas traiter dans celle assignée à son ex-associé. L'un des deux a des débouchés assurés dans la circonscription où travaille son concurrent, y livrer publiquement des marchandises serait courir à l'encontre d'une inévitable condamnation, mais il connaît une tierce personne ayant une profession similaire dans la même ville que son ancien associé, il conclut avec elle un contrat d'association en participation et le tour est joué, la convention de gênante qu'elle était n'aura plus qu'une portée illusoire.

D'autres sont attirés par les grands avantages que présente l'*irresponsabilité* des participants vis à vis des tiers.

A Dijon, on ne rencontre guère des participations que dans les « petites affaires », souvent elles se transforment par la suite en sociétés anonymes, en nom collectif ou en commandite.

Quant à la spécialisation de la participation dans une branche d'industrie, on ne peut dire qu'elle existe ; selon les uns, elle est la forme par excellence des sociétés d'étude, un procédé facile et très usuel de lancement d'affaires ;

selon d'autres, au contraire, la participation ne jouirait pas d'une telle spécialité.

Quant à l'existence réelle dans la pratique des *deux formes* de cette société, l'une momentanée, l'autre continue et aux différences existant entre elles, nous n'avons pu obtenir ici aucune réponse précise.

A Lyon, on semble connaître davantage les participations ; elles y seraient pour la plupart des sociétés préparatoires, on s'en servirait principalement pour les sociétés d'études, en vue de mettre sur pied une affaire qu'on constituera ensuite en société par actions.

D'après M. Pradel, président de la Chambre de commerce de Lyon, elle serait même assez fréquente dans le commerce de cette ville (1).

Selon lui, elle « a pris de nos jours une extension qu'étaient loin de prévoir les auteurs du Code de commerce ».

« Dans le cours de notre judicature, dit-il, nous avons eu maintes fois à définir ce que l'on entend par association en participation...

« C'est que le contrat de participation est un des plus répandus dans le monde des affaires, non seulement, en effet, on le trouve presque toujours au début d'une affaire commerciale qui s'organise, mais il se rencontre très fréquemment sous le nom de compte à demi, à tiers ou à quart, dans des affaires organisées.

« Plusieurs industriels ou commerçants pensent à créer une industrie nouvelle, à tirer parti d'un brevet pris pour un procédé nouveau ; il leur semble un peu prétentieux, ou plutôt trop coûteux de constituer pour

(1) Tribunal de Commerce de Lyon. Installation du président des juges et juges suppléants élus le 27 décembre 1908. Audience solennelle du 20 janvier 1909. H. Rey et Cie Lyon, 1909.

coordonner leurs efforts, une société avec toutes les formalités imposées par le Code de commerce et les lois qui l'ont complété. Ils créent entre eux une association en participation.

« D'autres fois, un commerçant est à même de réaliser une opération plus fructueuse, mais cette opération est *trop considérable* pour le fonds de roulement qu'il possède, elle présente des risques qu'il voudrait bien n'être pas seul à courir ; il s'adresse à un collègue, et ils conviennent de faire l'opération en compte à demi, leurs efforts sont ainsi réunis pour arriver à un même résultat, et leurs risques sont divisés.

« L'un d'eux acquiert la marchandise et la revend, l'autre lui fournit la moitié des fonds, par exemple, et les bénéfices de l'opération sont partagés.

« C'est la participation qui apparaît alors ici, dans sa forme la plus simple et peut être cependant la plus fréquente, particulièrement dans notre commerce des soies. Sont réalisés encore le plus souvent sous forme d'association en participation, les *syndicats pour l'émission d'actions*, d'obligations, d'emprunts d'États. Une maison de banque traite en son nom seul avec l'émetteur, assurée qu'elle est du concours d'autres banques pour le placement à bénéfice commun des titres à émettre.

« Enfin, et de nos jours, ce contrat, dans sa forme la plus complexe, constitue le plus souvent la structure des *syndicats*, *trusts et cartels*, constitués entre tous les membres d'une même corporation industrielle ou commerciale pour la *défense de leurs intérêts communs*, la limitation des prix de vente, et même quelquefois la limitation de la production. Chacun d'eux, en effet, doit conserver à l'égard des tiers son autonomie ; mais *secrètement*, ils sont liés par une participation

constituée par la mise en commun, soit de la totalité de leurs produits, soit d'une fraction de leur chiffre d'affaires soit de l'excédent d'affaires qu'ils réaliseront annuellement au-dessus d'une limite fixée d'un commun accord. »

Nous avons tenu à reproduire in extenso, cette partie du discours de M. Pradel, nous ne pouvions espérer meilleur document pour connaître le rôle joué à Lyon par la participation ; nous pouvons en conclure qu'elle y est le *plus souvent momentanée*, qu'elle y sert surtout à *diviser les risques à courir dans une opération commerciale*; c'est là, paraît-il, un des cas les plus fréquents de participation, mais elle a les préférences de certains, surtout parce qu'il leur paraît « un peu prétentieux ou plutôt trop coûteux » de constituer une autre société. Allons plus au fond des choses, il s'agit là d'un discours de rentrée, la rentrée solennelle des tribunaux de commerce ! Comme dans toute réunion d'apparat il est de bon ton d'y être généreusement optimiste, les nuages d'encens qu'on s'y prodigue mutuellement sont bien épais, ils sont bien doux aussi à notre vanité, pourquoi chercher à les dissiper pour apercevoir par delà leur mensonge toutes nos misérables contingences terrestres ? Ainsi M. Pradel fermait un peu les yeux et jetait un voile de circonstance sur la réalité des faits, disons les choses plus crûment que lui : *on n'a pas* recours à la participation parce qu'elle est un procédé plus économique qu'un autre, on a baptisé du nom de raison d'économie une raison qui est *toute autre* ; la participation permet de tourner les lois fiscales de 1867, c'est pourquoi on aime tant son caractère occulte et on y recourt en décorant d'un autre nom une société assujettie à la loi de 1867, il est en effet *moins dispendieux* de l'y soustraire !

Dans la région de Rouen, la participation paraît très développée et usitée surtout dans les spéculations momentanées.

§ II. — *La participation à Paris*

Paris devait retenir plus spécialement notre attention, nous pouvons même dire que c'est presque seulement là que notre enquête nous donna des résultats réels et probants ; l'intensité du mouvement commercial et industriel de cette ville l'explique aisément, là plus que partout ailleurs, nous devions rencontrer les sociétés qui faisaient l'objet de nos recherches.

Pour savoir à quoi nous en tenir exactement sur leur compte nous sommes allés interviewer tous ceux qui nous paraissaient, de par leur profession, connaître le mieux leur structure et leur fonctionnement ; parmi eux nous avons rencontré des personnes dont la haute compétence scientifique était peut-être plus grande que l'expérience des affaires, dominant ces dernières d'un peu haut, n'étant pas les témoins les plus immédiats de leur vie propre ; mais, et c'est d'ailleurs à ceux-là que nous nous sommes plus spécialement adressés, nous avons rencontré surtout des gens exclusivement de pratique, intimement mêlés à la vie parisienne des affaires : agréés ou leurs secrétaires, avocats-conseils, directeurs de cabinets d'affaires, administrateurs de société, notaires, etc., ceux-là mêmes qui constituent, qui mettent sur pied les participations, ceux-là que vont trouver directement les industriels et les commerçants pour la rédaction de leur contrat d'association.

Les réponses des uns et des autres diffèrent un peu, toutes sont intéressantes au point de vue spéculatif, celles

des seconds le sont plus au point de vue pratique, ce sont elles surtout qui ont retenu notre attention et feront l'objet de nos plus grands développements.

Selon le *premier groupe de personnes*, la participation est extrêmement fréquente à Paris, elle tiendrait même à prendre de plus en plus d'extension, pourquoi ? en raison de sa *souplesse*, de sa simplicité, de sa rapidité de formation, de son absence de toutes formes spéciales de publicité, qualités très précieuses à l'époque actuelle de vitesse et de hâte fiévreuse où il s'agit d'arriver le premier, où toutes les complications inutiles des autres sociétés sont autant de fâcheux retards : « La participation est à la mode, elle va vite ! » nous disait une personne qui pour ces raisons précédentes conseille souvent cette société ; ce caractère lui serait un gage d'avenir.

D'après le directeur du contentieux d'une des plus grandes maisons de banque françaises, les participations ne seraient également et avant tout qu'un *moyen commode et rapide* de *réunir des capitaux* ; mais à cette raison de leur formation s'en ajouterait une autre qu'on néglige trop souvent : les sociétés en participation sont des sociétés de personnes, la personnalité de celui qui est chargé de l'entreprise, qui en assure seul la direction, est le facteur le plus important dans l'adhésion des participants au contrat d'association ; la confiance dont doit bénéficier le gérant devrait toujours être le point de départ de toute participation. En fait également, c'est, guidés par la réputation du gérant, que les capitalistes lui prêtent leur argent sous forme de participation, ils se basent plus sur la valeur de l'homme que sur celle de l'entreprise, c'est pourquoi les commerçants placent volontiers leurs capitaux dans des affaires de ce genre quand ils connaissent le gérant.

C'est en somme remettre en lumière la *parfaite identité* entre certaines applications de la participation et la commandite simple formée *intuitu personnæ* ; cette remarque est intéressante au point de vue théorique, elle l'est aussi au point de vue pratique : elle nous montre le véritable rôle de la participation et le danger qui résulte de la transformation illogique en société par actions qu'on lui fait parfois subir, les capitalistes n'étant plus inspirés dans ce cas par leur confiance en la personne du gérant (1).

Les mêmes personnes ne *croient pas à la grande influence du caractère occulte* et des avantages que peut faire espérer cette clandestinité ; ce n'est pas là, pour elles, le caractère de la participation qui séduit le plus les associés ; sans doute, il y a parfois des intentions de fraude ou des préjugés sociaux à la base de leur adhésion, mais ce serait exagéré de tirer de là une généralisation aussi fausse que hâtive. Les tiers ne sauraient être fraudés plus facilement dans la participation que dans les autres sociétés; ne le sont-ils pas tout aussi bien dans les autres formes sociales, anonymes par exemple, constituées pour l'exploitation de mines purement imaginaires ?

La participation est le *meilleur mode d'exploiter une affaire à l'étude* avant de le faire définitivement sous la forme d'autres sociétés, en fait, c'est une de ses applications les plus fréquentes, cela tient à sa souplesse qui est en somme sa vraie raison d'être.

Très fréquemment, il existe des participations constituées par émission d'actions ou de parts bénéficiaires,

(1) Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir plus longuement sur cette idée dans notre chapitre sur les émissions d'actions.

on doit en prononcer *la nullité* sans hésitation, car c'est les dénaturer complètement ; cependant, il est possible d'émettre des parts qui tiendront seulement lieu de compte entre les associés, à condition que leurs modes de cession n'entraînent aucune publicité pour la société.

La participation peut être ou momentanée ou à durée indéterminée, mais il faut se garder de l'*erreur* commise par certains : faire du premier cas, le seul présentant de réelles chances de garantie et de réussite, et du second un danger de fraudes et d'insuccès presque inévitable pour les participants et les tiers. Cette prétendue différence dans les deux applications de notre société est *erronée*, elle n'est que la fausse généralisation de quelques exemples isolés.

L'intervention du législateur est inutile, comme d'ailleurs toute intervention étatiste, pourquoi enserrer dans des règles forcément trop étroites une institution dont précisément la souplesse est le plus grand avantage ?

Telle est la *première opinion* que nous tenions à faire connaître avant d'exposer celle, plus réaliste, des hommes de la pratique ; celle-ci nous a semblé perdre un peu de vue l'importance du caractère occulte de la participation que nous avait révélé l'étude historique, celle-là devait la mettre définitivement en lumière en nous révélant les desseins que sert le plus souvent cette société. Si, parmi les gens qui forment le *second groupe* dont nous avons parlé, quelques-uns émettent des avis différents, parfois contraires, sur quelques points de détail, tous sont unanimes à affirmer que le *véritable motif* de la formation d'une participation réside dans *les avantages légaux ou frauduleux, honnêtes ou immoraux qu'engendre sa clandestinité, tous nous ont prouvé que cette société n'était*

dans son véritable rôle et ne présentait de réelles garanties de succès que lorsqu'elle était momentanée.

Ce sont les deux conclusions que nous développerons surtout ; pour éviter les lacunes en même temps que l'imprécision nous reprendrons dans l'ordre de notre questionnaire chacune des réponses faites à nos diverses demandes, nous réservant d'insister surtout sur les deuxième et sixième d'entre elles (1) :

I

A) *Chez les notaires* on estime la participation plutôt rare. Mais, pour eux comme pour les autres, nous nous sommes bien gardés de toujours nous en tenir à la lettre de leurs réponses, quels que soient les multiples mobiles qui les dictaient à nos interlocuteurs, nous avons cherché quelles vérités pouvaient se cacher derrière elles, nous nous sommes efforcés en démêlant leur écheveau de préciser la vraie situation, et nous avons osé là où d'autres avaient hésité toutes les fois que nous avons cru juste de le faire.

La raison qui explique ce premier avis est fort simple : la participation ne nécessite aucune forme spéciale, aussi les parties ne recourent-elles presque jamais pour sa constitution au ministère des notaires.

B) *Tous les autres hommes d'affaires* que nous avons consultés l'estiment au contraire *très fréquente* à Paris, très peu sont d'avis différents et encore ceux-ci ne sont-ils inspirés que par la comparaison établie entre la participation et les autres sociétés.

α. Selon *quelques-uns*, en très faible minorité d'ailleurs,

(1) V. *supra*, p. 141.

la participation est *appelée à prendre une certaine extension* ; d'après eux, c'est une forme sociale qui n'est pas encore assez connue, elle serait cependant « celle qui se présente le plus naturellement à l'esprit quand on parle d'associations », elle répond certainement à des besoins pratiques. On la rencontrerait souvent lors de l'exploitation d'un portefeuille d'assurances : un agent général a la direction d'un portefeuille, il ne peut y suffire à lui seul, il est en but aux exploitations malhonnêtes de ses employés, il veut s'associer avec une tierce personne plus compétente et dont il sera sûr, il le fera sous forme de participation car sa compagnie n'admet aucune cession de portefeuille faite en dehors d'elle.

Selon quelques administrateurs de sociétés, la participation tendrait de plus en plus à prendre naissance dans les conditions suivantes : une société se constitue, elle renferme des vices de forme, elle est attaquée en nullité, les défendeurs soutiennent qu'ils ont voulu faire une participation, de telle sorte que bientôt il y aurait une société de ce genre partout où il y aurait une société nulle.

β. *Selon la grande majorité*, au contraire, si la participation est sans doute très fréquente dans le commerce parisien, *elle n'est appelée à prendre aucune extension dans l'avenir parce qu'elle est mal définie* ; sans doute elle est très simple, elle est très rapide, mais à son absence de formalisme répondent d'autres inconvénients ; elle est peu réglementée, le défaut de règles plus nettes qui la régissent engendre une incertitude qui dure autant qu'elle, et par là même un danger permanent pour les tiers et les capitalistes ; on ne sait jamais où l'on va quand on forme une participation, elle est loin d'être la forme sociale par excellence, son imprécision lui interdit tout développement dans l'avenir.

Parmi cette majorité, quelques-uns seulement, pensent qu'elle a atteint actuellement l'apogée de sa grandeur ; *d'après la plupart*, au contraire, *sa décadence aurait déjà commencé* depuis quelques années, elle tendrait à se confiner dans un domaine de plus en plus restreint ; la plupart pensent comme le directeur très compétent d'un cabinet d'affaires minières : « L'association en participation a été plus fréquente qu'elle ne l'est aujourd'hui ; les lois créant les actions de priorité en ont fait diminuer le nombre, diminué également à la suite d'une jurisprudence très sévère considérant avec raison et fréquemment dans ces associations des contraventions aux lois sur les sociétés par actions. » On commence à se détourner de cette société et on fait bien, nous disaient plusieurs avocats-conseils, ennemis déclarés de cette forme sociale, ne les conseillant jamais ; *elle est dangereuse*, nous disaient-ils, aussi bien dans le petit que dans le gros commerce, « on commence à peine à s'en apercevoir, ce n'est pas trop tôt ».

En somme, d'après l'avis du plus grand nombre et de ceux qui connaissent le mieux les participations parce qu'ils sont appelés eux-mêmes à en constituer, elles sont d'une *fréquence très moyenne* et on commence à reconnaître leurs inconvénients ; cela tient, nous expliquait-on, pour grande partie à leur caractère de société de personnes, impliquant une grande confiance de la part des futurs associés en celui qui gère ou lance l'entreprise ; en pratique elles ont lieu le plus souvent entre individus se connaissant personnellement, or les sociétés constituées *intuitu personnæ* forment l'exception à côté des autres.

On ne peut dire que la participation se confine dans une branche spéciale d'industrie ou de commerce, les applications qu'on en trouve sont des plus variées ;

II

Quant *aux mobiles qui poussent les personnes désireuses de créer une société ou de faire fructifier leurs capitaux à choisir de préférence la société en participation*, ils sont d'ordre peu juridique, ils sont plus pratiques, ils dépendent de considérations moins élevées et plus brutales, ils nous éclaireront singulièrement sur la valeur morale de cette société comme agent de spéculation.

Tous les hommes de pratique que nous avons consultés à cet égard sont unanimes à affirmer, sans aucune hésitation, que c'est le *caractère occulte* de la partipation et *ses conséquences* qui *séduisent le plus* et les lanceurs d'affaires et les apporteurs de capitaux dans cette société.

Il n'y a d'ailleurs rien de bien étonnant à cela si l'on songe que c'est là le trait essentiel de cette forme sociale, mais ce qui est plus intéressant est de savoir surtout *comment* on met à profit ce caractère, *quels desseins* il sert et la nature des avantages qu'il peut présenter.

Les services qu'on lui fait rendre varient avec la situation des personnes qui les lui demandent, aussi ferons-nous deux groupes distincts de ces dernières pour connaître les véritables dessous de la participation : d'une part, les *promoteurs de l'affaire*, ceux qui la créent et la dirigent, qui ont besoin de capitaux, d'autre part, ceux qui *apportent ces capitaux en société*, qui souscrivent et adhèrent aux propositions des premiers en gardant le rôle passif d'associés.

A.

Parmi les premiers, nous rencontrons souvent, dans tous les genres de profession, des commerçants, de petite importance en général, qui semblent aux yeux de chacun être leurs seuls maîtres et qui ne sont en réalité que les gérants d'une participation ; les tiers qui traitent avec eux, créanciers ou débiteurs, ignorent cette particularité, ils croient avoir à faire à une individualité isolée et non à un associé, de là une situation équivoque permise par la participation, elle est utile à ces commerçants, pourquoi ?

α. *Un négociant veut donner de l'extension à ses affaires*, mais il n'a pas les capitaux indispensables, il jouit d'un crédit personnel très apprécié sur le marché, sa réputation et sa propre valeur sont causes de sa réussite, il ne veut pas les faire sombrer dans la collectivité d'une société, l'emprunt ordinaire lui apparaît comme un moyen trop onéreux, il s'associe en participation avec une ou plusieurs personnes, quelquefois avec un établissement financier, une banque privée la plupart du temps, et reste à la tête de son commerce ; le caractère occulte de la participation lui permet de demeurer aux yeux des tiers, dans la même situation qu'auparavant, on ne lui connaît aucun bailleur de fonds comme cela serait arrivé s'il avait choisi la commandite, la clandestinité de cette combinaison lui a permis de laisser subsister intacte sa réputation.

β. Cet exemple est paraît-il très fréquent dans la pratique ; aux motifs purement commerciaux dont nous avons parlé s'ajoutent parfois de *pures raisons d'amour-propre* : à tort ou à raison, peu importe, tel commerçant n'aimera

pas qu'on sache dans son entourage, dans son quartier, qu'il travaille avec des capitaux autres que les siens.

γ. Le caractère occulte de la participation trouvera également son emploi dans d'autres hypothèses, courantes elles aussi : un négociant voit son commerce *péricliter* dans un moment de crise, il veut le relever ; avouer son infortune par la publicité d'une commandite, d'une société en nom collectif, serait ennuyeux, l'emprunt ne serait qu'un remède passager, il sera sauvé s'il trouve des personnes ayant assez de confiance en lui pour consentir une association en participation ; un individu a en vue une opération ou une entreprise susceptible de donner de beaux bénéfices, il ne *veut pas paraître en nom lui-même dans l'affaire* par suite de son incompétence, d'un autre côté il ne veut pas se contenter du rôle de bailleur de fonds, il s'associera en participation avec une personne qu'il jugera capable de mener à bien son entreprise.

δ. D'autres fois les *mobiles* auxquels obéissent les constituants *sont moins louables* : un commerçant en gros s'aperçoit qu'il aurait une clientèle de détail toute assurée dans une certaine région, mais les conventions qu'il a passées avec les négociants de cette région à qui il livre ses marchandises lui interdisent d'y vendre directement aux particuliers ; pour *tourner cette prohibition*, il s'assure le concours d'une maison de vente au détail étrangère à ce traité, située à l'endroit voulu et s'associe en participation avec elle. Dans l'industrie automobile les maisons de fabrication ont pour la plupart des agents de vente régionaux, il leur est formellement interdit de vendre directement elles-mêmes dans les circonscriptions assignées à leurs représentants, il arrive parfois qu'elles livrent une commande au préjudice de leurs agents

sans que ces derniers puissent revendiquer leurs droits, elles n'ont pour cela qu'à traiter l'affaire sous forme de participation avec le concours d'une tierce personne domiciliée dans la région de vente qui leur est réservée, celle où se trouvent les usines.

La même combinaison a lieu dans le cas où des associés se sont réservé chacun une région déterminée pour y vendre les produits fabriqués en commun ; dans le cas déjà cité de convention suivant une dissolution de société et portant semblable restriction aux droits des anciens associés.

Mais dans la participation, le caractère occulte intéresse surtout les lanceurs d'affaires en tant qu'il constitue pour eux le meilleur moyen d'attirer les capitalistes.

B.

Quels sont les avantages que les capitalistes escomptent de la participation ?

α. Ces derniers prêteront volontiers leur argent à la participation *parce qu'elle est occulte*, parce qu'elle ne *révélera pas leur personnalité* et leur existence dans cette société. *Les préjugés mondains* sont encore aussi puissants de nos jours dans certaines classes sociales qu'autrefois chez les nobles romains ou les seigneurs moyen âgeux ; on jouit encore de nos jours d'une très grande considération quand on vit sans rien faire, mais il est très ennuyeux de laisser dormir ses capitaux, leur affectation à un certain commerce en doublerait bien les revenus, mais il faudrait être commerçant comme l'épicier ou le gargotier du coin, quelle déchéance ! Fort heureusement, la participation vient arranger les choses, elle permet à certaines

personnes d'être les commanditaires occultes de tel commerce qu'elles auraient rougi d'exercer publiquement.

Les exemples de ce genre sont nombreux, paraît-il, dans *l'industrie sportive*, autrefois dans celle de la bicyclette, maintenant dans celle de l'automobile et plus récemment encore dans celle de l'aviation ; un grand nombre de ces industries sont exploitées sous forme de participation dont les participants sont très souvent de ces gens qui méprisent le commerce tout en vivant secrètement de lui.

Un avocat à la cour, autrefois mêlé de très près aux affaires dans une grande étude d'agréé parisienne et très sceptique sur la société que nous étudions expliquait ainsi ce fait : pour s'intéresser à ce genre d'industrie on n'a pas besoin d'une compétence très spéciale, c'est ce qui permet à certaines personnes d'en être les commanditaires ; commercialement parlant, elles ne peuvent guère s'intéresser à autre chose.

On nous citait même cet exemple que nous donnons sous toutes réserves : une partie des prix remportés par quelques-uns de nos plus intrépides aviateurs serait touchée par des gens de cette catégorie sous forme de participation.

On rencontre aussi bien d'autres hypothèses où la participation concilie l'amour-propre et l'intérêt.

Il s'agit d'un industriel très habile, mais on ne le considère pas comme de « son monde », on serait très ennuyé de lui serrer la main devant des amis, c'est un négociant israélite, c'est un simple commerçant d'un niveau social très moyen, et le capitaliste appartenant à un milieu antisémite, le rigide habitué du grand faubourg reconnaissent bien leur valeur, mais ne veulent

pas accoler publiquement dans une société leurs noms à ceux des premiers, la participation leur permet quand même d'être leurs associés tout en sauvant les apparences.

Dans le même ordre d'idées, on trouvera parmi les participants d'une association destinée à l'édition d'un journal politique des personnes d'idées tout à fait *opposées et contraires* à celles de l'organe qu'elles commanditent secrètement.

Les exemples de ce genre sont classiques et nombreux, tels les cas d'individus rentrant en participation dans une société dont le but est contraire à la tradition, à la politique, à la religion, aux idées morales de leur milieu mais qui n'en est pas moins susceptible de donner de gros bénéfices.

D'autres fois *la participation prête son concours à des consciences encore moins délicates et peu scrupuleuses*; il s'agit d'un spéculateur très habile, mais dont la réputation d'honnêteté est plus ou moins intacte, d'une affaire plus ou moins louche, mais très rémunératrice, d'une machination de bourse dont les gains seront faits de la ruine d'autres personnes, etc., etc., la participation intervient encore ici comme habile médiatrice.

Elle intervient encore *pour effacer les barrières érigées par les incompatibilités professionnelles*, elle permet à des avocats, à des magistrats, à des notaires, à des avoués d'être charcutiers, plombiers, épiciers, marchands de nouveautés, fabricants de soieries; à Paris, il n'est pas rare de rencontrer des avocats et des officiers ministériels qui se livrent ainsi au commerce; grâce à elle, aussi, deviennent lettres mortes les incompatibilités parlementaires ayant trait aux sociétés dont les

projets sont d'ailleurs laissés dans l'oubli avec une si tendre sollicitude.

Les préjugés d'une classe sociale imposent à ses membres certaines pudeurs qu'il est très bien porté d'afficher; elles peuvent devenir une lourde chaîne, bien souvent on désire en secret se soustraire à l'ennuyeux orgueil d'une caste quand il ne suffit pas à l'édification de « l'armature » ; on veut bien jouer le rôle du monsieur à traditions, faire étalage de ses principes, mais l'amour du gain vous y fait désirer les plus graves dérogations ; on veut bien passer pour un homme intègre, il serait cependant si lucratif de ne plus l'être ! Alors apparaît une fée providentielle : la participation, elle laisse le beau rôle aux apparences, elle laisse intacte la façade tout en satisfaisant les désirs cachés de chacun.

Telles sont quelques-unes des raisons pour lesquelles son caractère occulte exerce tant de charme sur l'esprit de certains capitalistes.

β. A ces raisons motivant la formation d'associations en participation *s'en ajoutent d'autres*, mais qui toujours se rattachent à la nature occulte de ces dernières.

Ce sont *des raisons d'économie*, a-t-on déjà dit : la participation n'étant pas soumise à l'obligation de la publicité et par conséquent aux formalités fiscales de la loi de 1867, est moins dispendieuse que les autres sociétés. Sans doute, il n'y a parfois qu'un simple motif d'économie à la base d'une participation, surtout dans le petit commerce et quand elle est faite pour traiter une opération momentanée. Mais la plupart du temps derrière cette prétendue raison se cache l'*intention bien arrêtée de frustrer le fisc* en décorant du nom de participation une société qui n'est autre chose qu'une société en nom collectif ou en commandite soumise aux impôts

édictés par la loi de 1867. Dans la pratique, on a très fréquemment recours à la participation uniquement pour tourner cette loi, les exemples nombreux fournis par la jurisprudence (1) corroborent nos assertions : *la participation permet d'éluder* non seulement les dispositions fiscales, mais encore *les autres formalités imposées aux sociétés*, telles que vérification des apports ou versement du quart ; on a même essayé et on le fait encore maintenant, de déguiser sous son nom de véritables sociétés par actions pour éviter toutes les règles imposées à celles-ci. Entre les mains d'habiles praticiens, la société en participation finit par n'être plus qu'un instrument de fraude très commode, et en réalité d'après l'unanimité des personnes que nous avons consultées, elle a presque toujours pour cause directe des intentions frauduleuses.

Le *fisc n'est pas le seul à être visé, les tiers le sont aussi* : nombre de formalités imposées par la loi à la constitution de certaines sociétés sont prises dans leur intérêt, ils sont souvent frustrés par des participations qui suppriment ces garanties en dissimulant par devers leur étiquette mensongère ou une commandite, ou une société en nom collectif, ou même parfois une société anonyme.

D'autre part, on sait que les participants jouissent d'une *entière irresponsabilité vis à vis des tiers*, c'est un des gros avantages de la participation, elle est un moyen facile tout en courant certains risques de toucher des

(1) V. notamment Paris 8 janvier 1900 (S. 1903, II, 105) ; Trib. Comm. de Lyon, 26 juin 1901 (R. S. 1902, 124) ; Trib. Comm. de la Seine, 10 mars 1904 (*Gaz. Pal.*, 1904, I. 189) ; Lyon, 23 décembre 1904 (*J. S.*, 1905, p. 455) ; Paris 27 juin 1905 (R. S. 1906, 101) ; Seine, 15 mars 1906 (*J. S.* 1907, 78) ; Lyon, 30 mai 1906 (R. S. 1907) ; Seine, 19 mars 1907 (S. 1907, II, 153) ; Cass., 28 mars 1908 (R. S. 1908, 284).

bénéfices sans engager sa responsabilité, c'est encore là une des causes les plus fréquentes des sociétés en participation.

γ. *A la différence des cas précédents, la participation est parfois employée d'une façon plus conforme à la légalité et plus honnête en même temps* : on y a recours alors parce qu'elle se présente comme un moyen rapide, peu couteux et très simple de mettre des capitaux en société pour une exploitation commerciale et industrielle.

Elle apparaît alors très claire, sans intervention de tiers, « sous la gestion en général dictatoriale du promoteur », n'étant compliquée par aucune réglementation impérative et n'étant soumise pour sa constitution qu'à l'application très générale des dispositions du Code civil et du Code de commerce, plutôt succintes.

Elle est alors la forme par excellence que doit revêtir une société quand il s'agit de traiter rapidement *une* affaire commerciale, pour faire ce qu'on appelle à Paris, en langage technique, un *coup de fusil*, des spéculations par exemple, sur les blés, les sucres ou le caoutchouc. Pour beaucoup d'ailleurs, sa véritable raison d'être, théorique et légale, est son application à des *opérations momentanées* et selon certains, c'est *dans ce cas seulement* qu'on peut utiliser réellement ses avantages *légaux*, tels que sa souplesse et sa simplicité et qu'on peut la trouver préférable aux rouages trop compliqués des autres sociétés.

Comme motif d'adhésion à cette société, on nous citait encore la confiance en le promoteur de l'affaire.

Nous avons déjà parlé de ce cas, nous en dirons autant de lui que du précédent, *la confiance devrait toujours être le point de départ de toute participation*, c'est son origine normale ; malheureusement cette

confiance est aussi facilement trompée que difficilement accordée et dans la pratique elle est une cause peu fréquente des participations.

Telles sont quelques-unes des sources les plus usuelles et les plus caractéristiques de la participation, quelques-uns des motifs les plus fréquents pour lesquels on a recours à sa forme occulte. On ne *saurait prétendre trouver les avantages, légaux ou non, de ce trait essentiel et spécial dans les autres sociétés* et arriver par elles au même résultat que par la participation ; la commandite, la société en nom collectif, la société anonyme sont astreintes à plusieurs formalités soit dans l'intérêt du fisc, soit dans celui des tiers, elles sont aussi obligées de vivre et de fonctionner au grand jour, leurs membres peuvent toujours en être connus ne serait-ce que par la publicité de leurs statuts.

III

On ne peut pas poser en principe que les participations sont *toujours des sociétés d'études*, mais en pratique elles fonctionnent souvent sous cette forme, pour les mines, pour les prospections, pour lancer une affaire ; elles se constituent alors sous la forme de syndicats, comme les syndicats d'émission dont nous parle M. Pradel dans son discours et qu'étudie M. de Pelsmæker dans son ouvrage précité.

« La participation est un échelon embryonnaire de la forme sociale, que dans la pratique on a le tort de faire durer trop longtemps ; elle *devrait se limiter* à l'époque d'études, d'essais ou de préparation et cesser dès que l'on entre dans la réalisation de l'objet. »

Cette idée fut reprise par plusieurs, nous la développerons tout à l'heure à propos de la distinction entre la forme continue et la forme momentanée de la participation.

IV

En général, *la participation est plutôt employée pour les affaires de petite envergure.* Sans doute, on nous a cité des exemples contraires, des participations supérieures à 300.000 francs et même une de 3 millions, mais s'il faut en croire la grande majorité des praticiens ce ne sont là que d'infimes exceptions ; la raison en est bien simple, la participation est *mal définie* elle n'est pas soumise à une réglementation formelle et minutieuse. La liberté laissée à sa constitution, l'incertitude où elle vit toujours sont deux inconvénients qui deviennent de très grands dangers quand elle est appliquée à l'exploitation de grosses entreprises commerciales ou industrielles, celles-ci nécessitent de gros capitaux et les précautions prises pour leur sécurité sont toujours plus sûres dans les autres sociétés, le formalisme et la réglementation de ces dernières sont autant de garanties très précieuses quand il s'agit d'un capital considérable.

Sa nature, qui est plutôt celle d'une *société de personnes*, est cause également de cette restriction de son application, la réunion des gros capitaux n'est possible que par le groupement de petites sommes demandées à une grande quantité d'individus ; dans la participation, quand elle est basée sur l'idée de confiance, le gérant ne peut s'adresser qu'à des personnes qui le connaissent, et leur nombre est forcément *restreint.*

En réalité, d'ailleurs, on rencontre peu de participations dont le capital dépasse 300.000 francs.

V

Quant aux *participations constituées par émission d'actions ou de parts bénéficiaires*, il faut se garder de toute illusion les concernant ; à quoi bon même discuter la validité d'un tel procédé, pourquoi se reporter aux textes, à d'innombrables auteurs quand il est si facile de constater la réalité des faits ? Il ne faut pas parler de participations par actions, *elles n'existent jamais*, derrière une telle étiquette se cachent toujours des commandites par actions frauduleuses ou des sociétés anonymes de contrebande, elles fonctionnent avec leurs rouages habituels, elles gardent tous leurs caractères, leur nom seul est changé, on les débaptise pour éviter toutes les règles de publicité.

Les participations par actions ne sont autre chose que des sociétés qu'on a voulu soustraire à leur réglementation légale et susceptibles d'être annulées pour vices de forme, c'est le raisonnement de la jurisprudence ; aussi, depuis quelques années, ne rencontre-t-on plus guère de participations de ce genre.

Voici ce que les faits nous disent, cela prouve-t-il que juridiquement toute émission de parts ou d'actions doit être refusée à la participation, c'est ce que nous verrons plus loin au cours d'un chapitre réservé à cette question.

VI

Nous arrivons maintenant à la très intéressante antithèse entre la participation momentanée et la parti-

cipation continue. Indéniablement dans la pratique, la participation existe sous ces deux formes tout à fait contraires et indépendantes l'une de l'autre, mais *la première n'est-elle pas celle qui donne les plus grandes garanties de réussite et de sécurité aux tiers comme aux participants,* la seconde, au contraire, ne présente-t-elle pas un danger permanent vis à vis de ceux-là comme de ceux-ci, ne faut-il pas conclure de leur comparaison que la *première est la seule où la participation joue son véritable rôle* ?

Hâtons-nous déjà de dire que nous n'avons pas la prétention de renouveler l'ancienne et fastidieuse controverse sur le caractère essentiel et distinctif de la participation. Nous considérons ce point comme tranché depuis longtemps, le critérium de la participation réside dans son caractère occulte, elle peut être momentanée ou à durée indéterminée, cela n'a rien à voir avec son caractère essentiel; mais la forme momentanée n'est-elle pas son application la plus normale ? C'est uniquement ce que nous voulons savoir pour l'instant.

A

Or, les réponses qui nous furent faites à cet égard, très compétentes, très documentées et basées sur une expérience profonde des affaires ne laissent aucun doute à ce sujet : *la société occulte en participation n'est dans son véritable rôle que lorsqu'elle est momentanée;* continue, elle aboutit à de fâcheux résultats, soit pour les tiers, soit pour les participants. Tous les hommes de la pratique que nous avons consultés sont unanimes en ce sens. Nous n'avons rencontré que deux avis différents, mais nous ne les retenons même pas en tant qu'exception : les personnes qui les émettaient aboutissaient en somme

à la même conclusion quand elles nous disaient ne pas conseiller les participations pour les grosses entreprises à durée illimitée à cause du peu de contrôle des participants sur la gérance; elles n'avaient pas osé généraliser, nous l'avons fait avec d'autres.

On rencontre donc, dans la pratique, tout d'abord la participation momentanée, on l'emploie pour traiter *une affaire*, pour faire une spéculation sur des marchandises déterminées, c'est ce qu'on appelait autrefois l'opération de compte à demi ou compte de moitié, du quart, etc., cet exemple est d'une *fréquence journalière* sur le marché parisien. Elle est encore souvent usitée sous cette forme par un commerçant qui veut apporter des perfectionnements dans son matériel d'exploitation, donner une plus grande extension à son commerce, agrandir ses magasins de vente, etc. Ce serait là la seule raison d'être de la participation, et celle aussi, où elle fonctionne le plus convenablement et même le plus honnêtement.

Il n'y a d'ailleurs rien de bien étonnant à cela, la simple logique devait nous amener à cette déduction. Nous avons tout à l'heure analysé les causes de la participation, on a pu voir qu'elles formaient deux groupes bien distincts : d'une part, les mobiles *suspects* à quelque titre que ce soit, de l'autre, les mobiles *honnêtes* dans la plus large acception de ce mot ; on sait en quoi consistaient ces *derniers* : dans *l'intention de mettre à profit les avantages légaux* de la participation, c'est à dire sa rapidité de formation, son absence de formalisme, sa simplicité, sa souplesse, sa grande liberté de constitution ; or, *ces avantages ne trouvent leur application que lorsque la société est momentanée*, nous avons vu qu'ils n'avaient plus leur raison d'être et

devenaient même des inconvénients dangereux lorsque la participation était faite pour une durée indéterminée. Nous n'avons donc rien avancé qui ne soit rigoureusement exact en disant que le véritable rôle de la participation est *d'être momentanée*, puisque ses qualités légales ne peuvent être utilisées que dans ce cas. L'expérience d'ailleurs vient en aide à la logique en nous montrant les bons résultats atteints par la participation momentanée en même temps que son honnêteté, et les fâcheuses conséquences comme souvent l'immoralité de la participation à durée illimitée ; le droit serait en contradiction avec le bon sens s'il favorisait l'application illégale et frauduleuse d'une institution.

B

Quelle *est maintenant la participation à longue durée dans la pratique* ?

Ce qui était avantage dans l'autre cas devient ici *un inconvénient* : le danger qu'il y a à laisser fonctionner indéfiniment une société qui n'est assujettie à aucune règle fixe et précise, toujours floue et manquant de netteté par suite de sa nature même ; les tiers et les participants en sont les victimes.

Si la participation présente l'avantage d'être très rémunératrice sans engendrer pour ses membres aucune responsabilité vis à vis des tiers, par contre, elle ne leur offre qu'un *moyen de contrôle infime* et même souvent impossible sur les actes du gérant ; ce défaut théorique ne fait que s'accentuer dans la pratique : bien des hommes d'affaires se basent sur lui pour déconseiller cette société. Certains capitalistes avec une hâte incompré-

hensible adhèrent aux participations qu'on leur présente sans savoir au juste où ils vont, si le gérant est habile et honnête, la société fait son chemin tant bien que mal, mais si l'une de ces deux qualités manque au gérant, à plus forte raison si toutes deux lui font défaut, la fortune des participants est à son entière merci; qu'il fasse de mauvaises affaires, sans doute les tiers ne peuvent pas poursuivre les participants, mais s'ils sont solidaires comme il en est dans la généralité des cas, et que l'un d'eux soit plus fortuné que ses associés, le gérant s'adressera à lui et lui réclamera l'extinction totale du passif, peu importe si ensuite son recours contre ses codébiteurs devient illusoire en face de leur insolvabilité.

En fait, les capitalistes sérieux et avisés ne rentrent que rarement dans des participations continues, les autres le font par ignorance ou trop grande hâte.

La cause précédente de la participation, *sa rapidité de formation*, n'existe plus maintenant, elle n'a plus raison d'être. L'adhésion à la société donnée *intuitu personnæ*, en considération de la connaissance personnelle qu'on a du gérant, *n'existe pas* davantage dans le cas présent : les participations à durée illimitée sont créées généralement pour de grosses entreprises, l'appel de capitaux s'adresse forcément à un très grand nombre d'individus, ils ne peuvent tous connaître la valeur personnelle du directeur de l'affaire, ils n'y répondront donc que si l'affaire paraît bonne elle-même. Telle est à peu près la seule raison qui puisse expliquer légalement l'adhésion des capitalistes à la participation de longue haleine.

Mais cet espoir en la bonne réussite d'une entreprise est souvent déçu parce qu'il n'est que le résultat de savantes et habiles manœuvres : le promoteur de

l'affaire use souvent de promesses fallacieuses pour s'assurer des capitaux. D'autre part, les charmes du caractère occulte sont très séduisants, ils aident singulièrement le créateur de la société à obtenir les adhésions qu'il sollicite, ils lui permettent d'agir un peu à la façon d'un hypnotiseur en faisant miroiter savamment les avantages d'une société clandestine pour empêcher d'en voir les inconvénients. Une fois les fonds réunis, le créateur de la Société reste à la tête de l'affaire, dans la réalité, il s'en fait toujours nommer le gérant et conserve sur la société un pouvoir très grand ; puis lorsqu'il a en mains les fonds quémandés, le gérant *en fait à peu près ce qu'il veut*, ses participants n'ont sur lui qu'un très faible contrôle. Souvent dans la pratique, il se livre à des spéculations étrangères à l'entreprise, si elles sont malheureuses tant pis pour les participants, ce sont eux seuls qui en pâtissent, car en même temps qu'il s'est fait attribuer la plus grande part des bénéfices, le gérant s'est fait dispenser dans une très grande partie, quand ce n'est pas totalement, de la contribution aux pertes.

La *participation à durée illimitée contient donc un danger en la personne de celui ou de ceux qui la dirigent.* qu'ils soient maladroits ou malhonnêtes ; même quand elle se présente avec toutes les garanties désirables, l'incertitude constante où elle est appelée à vivre jusqu'à extinction devrait toujours la faire envisager avec méfiance.

C

Mais *l'exemple le plus caractéristique* du péril et de la supercherie que peut contenir une participation continue se rencontre quand elle est constituée par *actions ou*

parts bénéficiaires. Nous n'avons pas la prétention d'ériger un principe irréductible, il peut y avoir évidemment des exceptions, mais les *participations qui prennent ainsi naissance doivent toujours être suspectées :* elles sont d'abord toujours préjudiciables aux intérêts des participants parce qu'elles devront un jour ou l'autre être annulées par les tribunaux, et, nous affirmaient bien des hommes d'affaires, il est bien rare qu'elles ne dissimulent pas une escroquerie.

α. Un des emplois les plus fréquents des participations de ce genre est celui qui a *trait à l'exploitation des brevets :* on sait qu'à Paris, plus que partout ailleurs, fourmillent les inventeurs d'aventure, les gens constamment à la recherche de ces procédés nouveaux, jouets inédits, remèdes merveilleux, etc., qui forment les multiples petites découvertes dont nous sommes inondés chaque jour. Malgré leur faible originalité, qui n'est souvent faite que d'une étiquette, les auteurs de ces inventions obtiennent facilement qu'elles soient brevetées et pour la mise en valeur de ces sortes de brevets on a recours la plupart du temps aux participations par actions.

Après les préliminaires et la réclame d'usage, on émet une certaine quantité de titres appelés *parts*, 500 par exemple, donnant chacun à leur titulaire un droit au cinq centième des bénéfices réalisés. On fait habilement valoir aux yeux des tiers les avantages si précieux de la clandestinité de la société et on leur vend ces parts qui ne sont autres que de véritables actions ; toutefois une partie seulement en est mise à la disposition du public, le soi-disant inventeur reste bien entendu à la tête de la société, il s'en est réservé la direction à lui seul, et tant pour ses services que pour le mérite de sa trouvaille il

s'est fait attribuer la plus belle part des titres émis, 200 par exemple dans notre hypothèse. Ce chiffre n'a rien d'exagéré, nous avons entre les mains des statuts de ce genre où le gérant, sur 200 parts en garde la moitié pour lui. Quant à sa qualité de directeur de la société, il s'y comporte généralement en maître absolu ; il a « *les pouvoirs les plus étendus pour gérer tant activement que passivement tous les biens et affaires de l'association, sans aucune exception ni réserve* » ; en prévision de son propre décès, il ne laisse même pas à ses associés la faculté de pourvoir à son remplacement, « *ses héritiers ou ayants droit seront les gérants de la participation* », peu importe s'ils sont incapables, « *et s'ils ne veulent pas accepter cette fonction, ils pourront nommer un successeur* (1). »

Voilà un exemple des conditions draconiennes imposées par les gérants-inventeurs à ceux qui ont le malheur de leur confier leurs capitaux.

Qu'advient-il des sociétés ainsi constituées ? Les participants n'ont aucun contrôle effectif sur la gestion, les brevets plus ou moins chimériques qu'elles exploitent n'ont aucune valeur, huit fois sur dix elles font de mauvaises affaires et c'est la faillite qui s'ensuit ; mais le promoteur de l'entreprise s'en tire à bon compte, en récompense de son génie, les statuts qu'il a rédigés l'ont exonéré totalement ou en très grande partie de la contribution aux pertes, *les participants seuls subissent tout le préjudice* : tandis que le gérant a mis de côté les premiers bénéfices qu'il a touchés, il peut néanmoins *obliger les autres associés à contribuer*, la plupart du

(1) Ce sont là les termes propres de statuts que nous avons en notre possession.

temps *indéfiniment et solidairement*, au passif tout entier, alors que déjà ils ne peuvent recouvrer le prix d'achat de leurs titres, désormais sons valeur.

D'autres fois, nanti de ses parts, le gérant-inventeur s'abouche avec une tierce personne, il lui *abandonne la direction de l'affaire en lui cédant la totalité ou une quotité de ses parts* moyennant un prix convenu ; son bénéfice est net, ces parts ne lui ayant rien coûté, et alors vogue la galère, peu lui importent son naufrage et celui des participants.

Voici un des exemples très fréquent de l'escroquerie à laquelle peut donner lieu la participation avec émission ; on la rencontre presque toujours à propos de l'exploitation de ces *inventions ou brevets* dont l'importance est insignifiante, attaches en métal pour plantes, jouets mécaniques, etc.

β. Ces sortes de participation sont si dangereuses et leur valeur morale est tellement douteuse qu'un homme d'affaires, très compétent, s'exprime ainsi (1) : « Les sociétés en participation sont constituées le plus souvent par acte sous seing privé en autant d'exemplaires qu'il y a d'intéressés entre le ou les gérants responsables d'une part et les participants d'autre part ; suivant une nouvelle législation, les parts de ces entreprises doivent être nominatives ; elles sont négociables par voie de transfert. Les titulaires sont responsables solidairement entre eux, en cas d'insolvabilité de la gérance.

Cette responsabilité solidaire et illimitée par conséquent constitue *un immense danger* que ceux qui

(1) S. Robert-Milles, *La grammaire de la Bourse*, Paris, 1908, 61 et 62.

écoulent ces sortes de valeurs se gardent bien de révéler ; on ne comprend pas que la loi n'en exige pas la mention sur les prospectus.

Supposons en effet la faillite d'une participation. Le syndic se retourne contre les participants et sans autre forme de procès, si dans le nombre l'un d'eux est fortuné, c'est lui qui payera pour les autres. On le poursuivra pour le remboursement *total* du passif pouvant s'élever à des centaines de mille francs, n'eut-il qu'une seule part : cela en vertu de la responsabilité qu'il est censé avoir acceptée, en donnant sa signature en parfaite connaissance de cause.

« Cette forme de titres d'apparence bénigne, que nous pourrions assimiler aux sociétés anglaises à *responsabilité illimitée*, et la facilité avec laquelle on les crée grâce à l'ignorance du public, donnent lieu à *d'innombrables escroqueries* de la part d'inventeurs et d'ingénieurs complaisants sous prétexte de travaux d'études, d'explorations lointaines, de recherches de mines ou *d'exploitation de brevets*.

Le capitaliste se tiendra *strictement à l'écart* de ces sociétés en participation, si le gérant responsable n'offre pas les garanties d'une solvabilité et d'une honorabilité absolue, *ce qui est rarement le cas*.

Quelques lecteurs des premières éditions de cet ouvrage ont soumis à l'auteur de multiples affaires en participation pour lesquelles on sollicitait leur concours effectif. Il doit reconnaître que malgré leur nombre et après examen de chacune d'elles, une seule paraissait susceptible d'être prise en considération. »

γ) *On ne saurait considérer ces affirmations comme le résultat de quelques exceptions, elles sont corroborées d'ailleurs par de nombreuses décisions de jurisprudence*

où les mots *d'escroquerie et de responsabilité pénale* sont *prononcés* à propos de la *participation*.

Citons-en seulement quelques-unes.

La question de responsabilité pénale se pose à ce propos dans une décision du Tribunal de la Seine, à la date du 6 juillet 1898, confirmé à Paris, le 24 décembre 1898 (1) ; dans les *Annales de Droit commercial*, sous le sommaire d'un jugement de Paris à la date du 8 janvier 1900, prononçant la nullité de la création de parts bénéficiaires de participation au porteur, on trouve la note suivante : « Cette décision juridiquement motivée à pour but de condamner un procédé qui permettrait à des financiers habiles d'attirer l'argent des tiers, *sans encourir les responsabilités* ni observer les formalités que la loi impose à ceux qui constituent des sociétés par intérêt ou par action. »

C'est également dans le même sens, le sommaire d'un arrêt de Cassation de 1905 (3), rendu par la Chambre *criminelle :* « Lorsqu'en employant l'étiquette mensongère d'association en participation, les prétendus fondateurs de cette association n'ont eu d'autre but que d'éluder les dispositions légales concernant les sociétés de capitaux ; lorsque ladite société, dont le caractère fictif était évident, n'a jamais fonctionné, n'avait d'autre actif que le bénéfice de contrats dépourvus de toute valeur : les tribunaux peuvent considérer que la création d'une pareille société n'a constitué *qu'une manœuvre frauduleuse* à l'aide de laquelle ses fondateurs ont commis le délit d'*escroquerie passible de l'article 405*

(1) *J. S.*, 1899, 363.
(2) A. C., 1900, 267.
(3) Cass. crim., 12 janvier 1905 (*R. S.* 1905, 301).

du Code pénal, et non le délit d'émission d'actions dans des conditions irrégulières. »

Les mots *d'escroquerie et d'abus de confiance* sont également prononcés à propos d'une affaire solutionnée par la chambre correctionnelle de la Cour de Paris le 9 janvier 1907 (1).

C'est également le fondateur d'une participation avec émission d'actions qui encourt les responsabilités *pénales* édictées par les articles 13 et 14 de la loi de 1867 dans une affaire solutionnée par un arrêt de Cassation du 21 mars 1908 (2).

On trouverait encore de nombreux exemples de ce genre, ce sont eux qui ont permis à un des plus notables représentants de la doctrine juridique en droit commercial français, M. Thaller, de s'exprimer ainsi, dans un article intitulé d'ailleurs : *Des emplois abusifs de la forme d'association en participation* (3): « On s'abstient d'utiliser cette forme dans des combinaisons d'affaires où elle serait tout à fait de situation. En revanche on voit des fondateurs décorer du nom de sociétés en participation des entreprises qui ne se prêtent, eu égard aux clauses qu'on y insère dans les statuts, ni à cette appellation, ni au type d'association qu'elles supposent... On est témoin d'applications de la participation dont le caractère illégal est absolument flagrant. Nous ne croyons pas trop nous avancer en disant que des *flibustiers* trouvent depuis un certain temps, le moyen de monter sous son couvert de véritables sociétés anonymes dénuées des

(1) *R. S.*, 1907, 424.
(2) V. *R. S.*, 1908, 284.
(3) Thaller, Des emplois abusifs de la forme d'association en participation. A. C. 1896, 398 ; M. Thaller, écrivait ceci, il y a une huitaine d'années, depuis, cet état de choses qu'il signale est loin d'être allé en s'améliorant.

formes et des conditions de constitution requises par la loi. On constate, par la lecture de certains statuts imprimés dans un but de propagande, que des notaires prêtent leur ministère à la confection d'actes de ce genre, ce qui n'est pas sans provoquer des remarques *désobligeantes* sur la manière dont ces officiers ministériels à *faibles scrupules* comprennent leurs devoirs .»

Telles sont les différentes preuves de cette assertion que la participation n'est dans son véritable rôle que lorsqu'elle est momentanée ; certains même, parmi les praticiens, vont jusqu'à prétendre que toutes les autres participations sont *des sociétés nommées mal faites*.

D

La réalité est loin de leur donner tort, innombrables sont les décisions de jurisprudence qui révèlent derrière une *soi-disant participation à durée illimitée* une *autre société, anonyme, en nom collectif ou en commandite*, qu'on avait déguisée sous le nom de participation *pour échapper à la loi de 1867 ;* nous venons de voir que c'est généralement le cas pour les participations constituées par émission d'actions ou de parts bénéficiaires.

Citons seulement en ce sens les arrêts et jugements de Paris, 24 décembre 1898 (1) ; Paris, 8 janvier 1900 (2) ; Lyon, 29 juin 1903 (3) ; Paris, 27 juin 1905 (4) et les arrêts précités (5).

(1) Cf. *R. S.*, 1899, 300.
(2) Cf. D., 1902, II, 105.
(3) Cf. *R. S.*, 1904, 245 ; *Gaz. Pal.*, 8 février 1902.
(4) Cf. *R. S.*, 1906, 101.
(5) Cf. Cass., 12 janvier 1905 ; Cass., 28 mars 1908, précités.

Tantôt ce sont des sociétés en nom collectif qui se dissimulent par delà ces prétendues participations de longue haleine (1), tantôt c'est une véritable commandite par actions qu'on a voulu déguiser sous leur nom, et ceci justifie notre prétention de *ne voir* en la participation qu'une *commandite* ou qu'une *société en nom collectif* déguisée, ceci nous permet également de ne rien exagérer en affirmant qu'une des principales causes de création de la participation forme continue est l'intention de frauder la loi du 24 juillet 1867.

Notre opinion n'est d'ailleurs pas la seule de cet avis, nous sommes heureux de la rencontrer chez un des collaborateurs d'une revue de droit commercial, qui écrit dans un article d'ailleurs intitulé : *Commandite ou participation* (2) ? Le danger de former des sociétés dont le caractère est mal défini se révèle surtout quand on les qualifie : « Société en participation », plusieurs décisions récentes ont reconnu le caractère de sociétés en commandites par actions, à des sociétés qui n'étaient pas réellement occultes vis à vis des tiers, étant donné qu'elles avaient indépendamment d'une dénomination, une véritable raison sociale, un siège social, de véritables apports représentés par des parts ou actions, etc..., en un mot tout ce qui constitue au fond *une société soumise aux règles de la loi de 1867, la seule différence entre elles et une société régulière étant l'inobservation de formes exigées par cette loi.* »

C'est ainsi que des décisions de la Seine, du 16 décembre 1901 (3); de la Seine, du 10 mars 1904 (4); de

(1) Cf. Saint-Sever, 15 décembre 1898 (S., 1899, II, 261) ; Lyon, 26 février 1907 (*R. S.*, 1907, 336).
(2) E. Mack, *Commandite ou participation*, *R. S.*, 1907, 147.
(3) Cf. *A. C.*, 1902, 97.
(4) Cf. *A. C.*, 1904, II, nº 68; *Gaz. Pal.*, 29 avril 1904.

la Seine, du 15 mars 1906 (1), de Lyon, du 30 mai 1906 (2), annulent des sociétés dénommées en participation, constituant en réalité des commandites nulles pour défaut d'observation de la loi de 1867 ; ces sociétés *dégénèrent alors en sociétés de fait* (3), et les conséquences résultant de ce dernier état de choses sont plutôt désastreuses pour les participants dont la confiance a été à dessein si malheureusement trompée.

VII

Sur *l'utilité d'une réglementation législative des participations plus complète que les seules dispositions des articles 47 à 50 du Code de commerce*, malgré quelques faibles divergences, les hommes d'affaires sont à peu près unanimes à s'en déclarer adversaires résolus, et signalent non seulement l'inutilité d'une telle mesure, mais même le danger qu'elle ne manquerait pas d'engendrer.

Nous nous réservons d'ailleurs de revenir plus longuement sur ce point, en temps voulu, à propos de notre conclusion.

VIII

Nous avions sollicité la communication de *quelques statuts de participation*, mais la plupart du temps, quand cette société est *momentanée*, il n'existe pas de statuts proprement dits ; les conventions interviennent fréquemment par simples lettres missives, ou par un compte de

(1) Cf. *R. S.*, 1906, 308.
(2) Cf. *R. S.*, 1907.
(3) V. Lyon, 3 novembre 1905 (*R. S.*, 1906, 255) ; Lyon, 6 février 1906 (*R. S.* 1907, 72).

profits et pertes entre les participants. D'autre part, il n'existe pas de statuts types d'association en participation, si on veut avoir une idée de ce qu'ils peuvent être en général, on n'a qu'à consulter les ouvrages bien connus de Houpin et le *Formulaire* de Defrennoy.

Quant aux statuts des participations avec émission d'actions ou de parts bénéficiaires ils ressemblent singulièrement à ceux des autres sociétés publiques, des motifs bien compréhensibles de discrétion ne nous ont pas permis d'en avoir toute la connaissance désirable.

Nous avons cependant pu nous procurer une *part de participation* dont les statuts étaient imprimés au dos, nous croyons intéressant de les publier, bien entendu en modifiant et les noms des parties, et l'objet réel de la société.

Cette part ressemble extérieurement à un titre ordinaire.

Au recto : l'indication de la nature de la société et de son objet :

Association en participation pour l'alcool méthylique, l'acide acétique et l'acétone par appareils et procédés brevetés A. Brieix, divisée en 200 parts de propriétés et d'intérêt donnant droit chacune à 1/200 de l'actif et des bénéfices. A été déposé en l'étude de Me Martin, notaire à Caen, le 1er juin 1910 et enregistré.

Gérant de la participation : A. Brieix, ingénieur civil. Et en dessous de cette indication : « Part de participation donnant droit à 1/200 de l'actif et des bénéfices, n°...

« Je sousigné, gérant de l'Association en participation, certifie que M. demeurant à est propriétaire de la part présente n° , Caen, le , » Taux de l'émission.

Puis, en marge, à droite, se trouvent les deux mentions

suivantes : « Association en Participation pour etc... Je soussigné, déclare par ces présentes avoir pris connaissance des statuts de l'Association, les approuver en leur forme et teneur et souscrire pour la part n° , au taux d'émission de , Caen, le etc.... » Puis une formule de reçu signée par le gérant attestant la réception de la somme versée par le participant pour cette acquisition.

Au verso sont les statuts suivants établis par l'ingénieur-gérant:

« Art. 1. — Il est formé entre M. Brieix soussigné et tous ceux qui deviendront propriétaires des parts ci-après créées et qui adhéreront aux présents statuts, une association en participation qui sera régie par les articles 48 et 50 du Code de commerce.

« Art. 2. — Elle a pour but la construction, les essais et l'exploitation des appareils et procédés brevetés de M. Brieix pour obtenir : 1° l'alcool méthylique ; 2° l'acide acétique ; 3° l'acétone.

« Art. 3. — Aussitôt qu'un ou plusieurs des produits ci-dessus seront obtenus industriellement par les appareils et procédés A. Brieix, il pourra être créé une ou plusieurs sociétés d'exploitation et tous les avantages résultant des apports faits par M. Brieix seront partagés entre les parts, chacune donnant droit à 1/200 des avantages obtenus.

« Art. 4. — Il pourra être créé des sociétés distinctes pour : 1° l'alcool méthylique ; 2° l'acide acétique ; 3° l'acétone comme aussi la même société pourra grouper plusieurs produits ou même tous.

« Art 5. — L'exploitation des appareils et procédés Brieix pour obtenir les produits sus-indiqués pourra aussi avoir lieu en concédant des licences aux industriels fabriquant eux-mêmes ces produits.

« Art. 6. — M. A. Brieix apporte à l'association, les

droits exclusifs d'exploitation de tous brevets français pris ou à prendre par lui pour appareils et procédés de production des produits sus-indiqués. Il est entendu que ces droits sont absolument équivalents pour l'association en participation, à la propriété complète des brevets.

« Art. 7. — Le soussigné et ceux qui deviendront par la suite propriétaires des parts ci-après ne seront liés qu'entr'eux par l'association et il n'auront vis à vis des tiers ni dénomination, ni siège social, ni signature sociale. Les participants ou porteurs de parts ne sont engagés que pour le montant des parts suivantes au taux de l'émission.

« Art. 8. — L'association en participation a en principe pour durée celle des brevets français fixés ou à prendre par A. Brieix si l'exploitation a lieu comme il est indiqué à l'article 5 ; mais si elle est cédée à des sociétés (art. 3 et 4) le montant des apports est réparti comme il a été dit et la présente association est liquidée par les soins de A. Brieix.

« *Art. 9.* — La Participation est divisée en 200 parts de propriété et d'intérêt sans valeur nominale mais donnant droit chacune à 1/200 de l'actif de l'association et des bénéfices.

Ces parts sont nominatives et ne sont cessibles que suivant les voies indiquées par la loi française dans sa forme civile. Elles sont numérotées de 1 à 200. Chaque part est représentée par un titre détaché de la souche, revêtu de la signature du gérant et frappé du timbre de l'association, le titre contient en outre, au dos, copie des présents statuts approuvés par le bénéficiaire.

Sur ces deux cents parts, soit les numéros 101 à 200 seront négociés par le gérant au mieux des intérêts de

l'association. Il les cédera contre espèces à toutes personnes qui désireront entrer dans l'association et en emploiera les fonds pour son objet. Quant aux cent parts restantes, soit les numéros 1 à 100 elles seront attribuées à M. Brieix en rémunération de ses apports.

« Art. 10. — M. Brieix sera seul gérant de l'association pendant toute sa durée. Il a les pouvoirs les plus étendus pour gérer et administrer tant activement que passivement tous les biens et affaires de l'association, sans aucune exception ni réserve.

« En cas de décès du gérant, ses héritiers ou ayants droit seront les gérants de la participation, et s'ils ne veulent pas accepter cette fonction, ils pourront nommer un successeur à M. Brieix.

« Art. 11. — Chaque année, dans le courant de mai, le gérant dresse un état de la situation active et passive de l'association. L'excédent des recettes sur les dépenses constitue le bénéfice net de l'association.

« Sur ce bénéfice, il est prélevé chaque année 5 0/0 pour la constitution d'un fonds de réserve. Ce prélèvement effectué, le solde est réparti entre toutes les parts sans distinction.

« Le prélèvement pour le fonds de réserve cesse d'avoir lieu quand ce fonds a 100.000 francs et il reprend son cours lorsque ledit fonds vient d'être entamé.

« Art. 12. — A l'expiration du terme fixé pour la durée de l'association, comme au cas de dissolution anticipée, le gérant aura seul qualité pour réaliser l'actif et faire la répartition du produit aux participants.

« En cas de contestation quelconque les tribunaux de Caen ou du ressort de la localité où habite le gérant seront seuls compétents.

« Fait à Caen, le...

« *Signé*: A. Brieix. »

Ensuite se trouvent imprimées et laissées en blanc quatre formules de transmission dont voici la teneur : « Transmis à M.. suivant acte... Caen, le... Le gérant. » puis deux endroits réservés à l'indication des bénéfices et dividendes payés de 1910 à 1922.

Nous aurons, au cours de notre troisième partie, à raisonner sur ces statuts ; en attendant, qu'on nous permette, en quelques lignes, de tirer de cette enquête que nous aurions voulue plus complète encore, la conclusion qu'elle semble nous imposer.

Conclusion. — Si le champ d'application de la participation est beaucoup plus restreint que celui des autres sociétés, si elle est bien moins fréquente que celles-ci, il n'en faut pas déduire qu'elle est une forme sociale inutile, vieillie et ne présentant plus aucun intérêt. Elle est surtout très mal connue, les manuels de droit commercial lui consacrent à peine quelques lignes, certains auteurs la passent presque sous silence ; elle existe cependant, mais jusqu'à présent, on ne s'est pas donné la peine de pénétrer plus avant dans sa vie intime. Les quelques ouvrages et thèses qui traitent d'elle ne le font qu'en ressassant sous une forme plus ou moins neuve les écrits précédents, tels que le volume de M. Poulle ; aucun de leurs auteurs pas plus du reste que ce dernier n'a consenti à sortir des données dogmatiques classiques pour user un peu dans le droit de la méthode expérimentale, aussi ne nous ont-ils rien appris de neuf depuis l'ancien droit. Il devait être curieux de rechercher si, par une méthode opposée, l'on aboutissait au même résultat, notre enquête nous a éclairé sur ce point.

Actuellement, d'après une doctrine qui semble intangile, le seul caractère distinctif de la participation est son caractère occulte, son criterium ne saurait résider

ailleurs ! Après de bien moroses discussions tous en sont arrivés à formuler cet axiome, il semblerait téméraire et ridicule de battre en brèche cette idée et d'y modifier quoi que ce soit, nous la combattons cependant et nous la déclarons fausse : *la participation a deux signes distinctifs* : son *caractère occulte d'abord*, sa *durée momentanée ensuite.*

Certains nous taxeront de retardataires, nous accuseront de vouloir revenir à d'anciens errements. Ceux-là auront pour eux les déductions tirées pendant des siècles de principes faux, ne reposant sur aucune donnée réelle, nous aurons pour nous la brutale exactitude des faits. Ils se tromperont en outre ceux qui voudront nous faire dire que le criterium de la participation ne réside *que* dans sa durée, nous affirmons qu'il réside *et* dans sa courte durée *et* dans sa clandestinité et par là nous ne ressuscitons pas de stériles controverses. Les faits nous révèlent deux sortes de participation : les unes *momentanées*, *seules* à donner de *bons résultats* parce que seules véritablement en harmonie avec leur réglementation légale ; les autres de *longue durée*, *engendrant des conséquences désastreuses* parce que leur fonctionnement indéfini ne peut s'accommoder de cette réglementation et n'étant, en outre, la plupart du temps, que des travestissements malintentionnés d'autres sociétés. Une institution ne peut être ni une source de dangers, ni un instrument légal de fraude ; pour empêcher que tel soit le rôle de la participation il n'y a qu'un moyen : refuser son nom aux applications de longue durée qui en sont faites, *reconnaître comme participations les seules participations momentanées* et laisser simplement les autres pour ce qu'elles sont en réalité, de simples adaptations malheureuses ou de purs déguisements frauduleux,

nous avons atteint ce but en assignant à la participation un double criterium.

En même temps qu'il rétablit l'exacte vérité et sert la légalité, ce double criterium nous permet de donner à la participation une physionomie plus vivante, une personnalité vraiment indépendante et d'empêcher qu'elle ne soit qu'un simple pastiche d'autres sociétés.

TROISIÈME PARTIE

CONSTITUTION ET PREUVE DE LA PARTICIPATION

CHAPITRE PREMIER

DE LA CONSTITUTION DE LA PARTICIPATION

« L'association en participation », dit l'article 48 du Code de commerce, « a lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les parties ».

La *liberté la plus entière* est laissée aux parties pour la constitution de cette société, c'est là le principe essentiel qui doit dominer ce chapitre, mais rappelons qu'il ne pouvait en être autrement : les participations sont clandestines, elles se constituent en secret, il eut été bien vain de leur imposer des formes rigoureuses ; il est impossible d'exercer un contrôle quelconque sur une société qui reste cachée, le législateur n'a donc pas érigé une exception extraordinaire, mais n'a fait que consacrer servilement la pratique.

Cependant la participation est avant tout *une société ;* comme telle, elle est forcée de se soumettre à certaines exigences, ce sont celles-ci dont nous avons formé

deux catégories : *les règles de fonds*, *les règles de forme* ; ce sont elles que nous étudierons dans ce chapitre, en nous attardant seulement aux quelques problèmes qu'elles soulèvent (1).

Section I. — *Règles de fonds*

Si les modalités qui peuvent affecter la constitution de la participation sont laissées au libre choix de ses fondateurs, elle n'en doit pas moins se soumettre *aux règles primordiales* qui régissent *tous* les contrats et celui de *société en particulier*.

Étant un contrat consensuel, sa formation est instantanée, elle existe dès le moment où l'accord des volontés est parfait.

Étant plus spécialement une société, elle ne peut se former sans la réunion des éléments nécessaires à l'existence de tout contrat de cette espèce : le *consentement* indemne de tout vice de tous les associés, la capacité de contracter de la part des parties, un *apport* fait par chaque associé, une *contribution aux bénéfices* et *aux pertes* et enfin l'intention des parties de constituer une société, l'*affectio societatis*.

Étant données la nature spéciale de la participation et la capacité exigée de ses parties, on s'est posé le problème intéressant de la validité de cette société entre époux.

Aujourd'hui la jurisprudence est unanime à le trancher dans le même sens, il en est de la participation ce qu'il en est des autres sociétés (2) ; pour les mêmes motifs que

(1) Pour plus de détails sur la constitution de la participation, c. f. les ouvrages déjà cités de MM. Poulle et de Pelsmæker.

(2) Les sociétés entre époux sont considérées comme nulles par la

pour ces dernières, quand la participation est contractée entre deux époux ou entre deux époux et un tiers, elle est déclarée nulle (1).

Quant à l'objet de la participation, on a discuté pendant longtemps sur son compte, nous savons maintenant à quoi nous en tenir à son propos, il ne saurait être pris comme criterium de la participation, *il ne faut pas confondre la durée avec l'objet*. Ce dernier ne peut être contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, il doit être licite, mais à part ces conditions primordiales auxquelles il doit se conformer, il peut être quelconque, porter sur une opération unique ou une exploitation générale, embrasser n'importe quelles branches de l'industrie ou du commerce.

Tout récemment, depuis quelques années, on a fait d'intéressantes applications de la participation, nous voulons parler des *syndicats financiers d'émission*, des *syndicats de producteurs et des comptoirs*, ce sont surtout eux que nous voulons étudier, à propos de l'objet des participations, dans ce chapitre ; nous avouons volontiers que ce dernier n'avait d'autre but que de servir de cadre aux développements les concernant.

§ I. — *Des syndicats financiers d'émission*

Lorsqu'une société veut se constituer, elle a recours à l'émission d'actions ; quand, au cours de son fonction-

jurisprudence française ; Cf. en ce sens : Cass., 6 février 1888 (S., 90, Ie 49) et la note de M. Labbé ; Paris, 10 décembre 1896 (*J. S.*, 97, 126) ; Amiens, 8 juillet 1899 (*J. S.*, 1900, 212) ; Cass., 5 mai 1902 (*R. S.*, 1902. 375).

(1) Cf. en ce sens : Cass., 7 mars 1888, (S., 88, I, 305) ; 27 mai 1893, (*J. des Trib. Comm.*, 1893, 690). V. pour les détails concernant cette question dont le développement commun à toutes les sociétés déborde le cadre de notre thèse, de Pelsmæker 50.

nement, elle veut se procurer de nouveaux capitaux, elle fait une seconde émission ou crée des obligations.

A) Si les actions ou obligations à émettre (1), représentent un capital important, la société au lieu de s'adresser directement au public, fait le plus souvent appel au concours d'une banque dite d'émission, jouissant sur le marché financier d'un crédit et de moyens qui faciliteront le placement de ses titres. Il arrive même assez communément qu'une sorte d'association en participation se constitue avant l'émission publique, afin d'assurer le succès de l'opération, entre les principaux intéressés, à savoir : la société emprunteuse, ses administrateurs et directeurs agissant en leur nom personnel, les principaux actionnaires, le banquier émetteur et généralement toutes les personnes ayant un intérêt considérable, direct ou indirect, apparent ou clandestin au succès de l'émission, (entrepreneurs de travaux destinés à accroître le trafic de la société, banquiers en compte courant avec celle-ci, personnages dont le crédit personnel, voire même l'influence politique ont été escomptés par les lanceurs de l'emprunt, et dont le concours a été obtenu). L'objet propre de cette participation *sui generis*, connue dans la pratique sous le nom de *syndicat d'émission*, est tout à la fois de *garantir à la société le placement de ses titres*, et d'assurer aux participants, en échange de leur garantie, un certain bénéfice ; ce bénéfice résulte soit de la revente des titres avec primes si le syndicat s'est constitué acheteur en bloc des valeurs émises, soit du courtage stipulé si le syndicat joue simplement le rôle d'intermédiaire rémunéré entre le public et la société.

(1) C. f., Pic, *Note sous Cour de Paris*, 12 décembre 1893 (D., 1893, II, 481).

Ce genre de syndicats forme à n'en pas douter une *société en participation* : « Ces syndicats ne sont pas à proprement parler *des sociétés*, nous dit M. Levillain (1), et ils ne sont pas investis par la suite de la personnalité civile, d'abord pas de fonds commun, de capital social ; les mises effectuées par chaque syndicataire ne sont pas réunies à l'effet de pourvoir à un achat collectif, elles sont employées distributivement à l'acquisition pour le compte personnel des divers participants d'un nombre d'actions ou d'obligations déterminé qu'ils espèrent revendre avec bénéfices. Les syndicataires n'apparaissent pas davantage aux yeux des tiers comme coopérant à la réalisation d'opérations entreprises dans un intérêt commun. Le syndicat est en effet soigneusement maintenu dans l'ombre et le but poursuivi par ses adhérents toujours dissimulé. Le directeur du syndicat, bien qu'agissant en réalité dans l'intérêt de tous, se présente quand il rachète puis quand il revend les valeurs nouvellement émises, comme opérant pour son compte personnel ; ou bien les syndicataires achètent et revendent en apparence chacun pour son compte particulier. Ainsi aux yeux des tiers, rien ne révèle l'existence d'une société entre les adhérents ; il n'y a d'entente qu'entre eux pour agir de concert, pour combiner mutuellement leurs efforts de façon à faire obtenir plus facilement et plus sûrement aux actions ou obligations qu'ils souscrivent la plus value dont ils espèrent bénéficier ; or une association ainsi constituée présente les caractères d'une participation (2). »

(1) Note sous Paris, 9 février 1888. (D. 90, II, 265.

(2) V. Bravard et Demangeat, I, 364 ; Pont, II, n° 1773 et s. ; Boistel, n° 364 et s. ; Lyon-Caen, I, 527 et s. ; Houpin, I, n° 451.

La jurisprudence est également fixée en ce sens : « Considérant que

Notons, en passant, et pour corroborer nos assertions concernant la participation par actions, qu'encore ici, à propos de la création de ces titres, les syndicats d'émission sous forme de participation, jouent la plupart du temps un rôle *équivoque*. « Si l'entreprise est aléatoire ou douteuse, un prospectus loyal et sincère, sans dissimulation des risques, ferait avorter l'emprunt : aussi les lanceurs d'affaires, *spécialement les syndicataires*, ne se font-ils trop souvent aucun scrupule de provoquer les souscriptions par des prospectus mensongers ou tout au moins inexacts, tendant à abuser le public sur la valeur réelle des garanties offertes, et à représenter comme sérieuses des sûretés plus ou moins illusoires, voire même imaginaires. Ce sont là des pratiques coupables et dangereuses qui engagent évidemment la responsabilité civile de leurs auteurs, et peuvent même servir de base à des poursuites correctionnelles, sous certaines conditions déterminées par la loi de 1867 (art. 15, 1°) (1). »

Ces syndicats présentent les combinaisons les plus

le syndicat dont il s'agit ne saurait être considéré en droit commun comme une société anonyme constituant un être moral capable de posséder et d'exercer des droits distincts de ceux appartenant aux membres qui le composent, mais tout au plus comme une participation formée entre les souscripteurs pour la vente, aux conditions les plus avantageuses, des actions par eux souscrites et dans lesquelles ils n'ont eu ni le pouvoir ni la volonté d'apporter la propriété de leurs titres, propriété qui leur est demeurée exclusive et personnelle, etc. » Cour de Paris, 28 avril 1887. (D., 88, II, 205).

Les syndicats d'émission sont des associations en participation. Leur plus grand soin en effet est de dissimuler leur existence au regard des tiers, toutes leurs opérations sont faites sous le couvert de leurs représentants, comme si elles n'intéressaient que ces derniers personnellement ; ils ont donc au premier chef le caractère occulte qui dans la théorie communément admise, distingue l'association en participation des autres sociétés En ce sens, Trib. de la Seine, 31 décembre 1883 (*R. S.*, 84, 311) ; Paris, 9 février 1888 (D., 90, II, 265) et la note de M. Levillain ; Paris, 12 décembre 1893, arrêt précité et la note de M. Pic.

(1) Pic, *loc. cit.*

variées, on les distingue surtout en trois grandes catégories :

1° Les syndicats *d'achat* (ou de souscription) *et de revente* : le gérant du syndicat agit alors en son nom propre, achète ou souscrit les titres de la société, pour les revendre en détail et avec prime au public.

Vis à vis de la société émissionnaire, le gérant est seul souscripteur, et seul vendeur pour les cessionnaires.

Mais, derrière lui, se dissimulent des associés, qui partagent avec lui les risques de l'affaire, avec lesquels le gérant doit partager les bénéfices, et contre lesquels il peut agir pour les obliger, soit à lui remettre le montant de leur souscription personnelle, soit à participer aux pertes ;

2° *Le syndicat de vente* : il n'est autre que l'union faite entre détenteurs ou souscripteurs de titres dans le but de vendre ces derniers aux conditions les plus avantageuses. Un seul d'entre eux est chargé de la vente qu'il doit faire en son nom personnel.

Les syndicataires gardent la propriété de leurs titres, celui ou ceux qu'ils ont chargé de les vendre ne sont que leurs mandataires; après la négociation on procède à la répartition des bénéfices ou des pertes qui en sont résultés, entre tous les associés, et pour chacun en proportion du nombre de ses titres.

3° Les syndicats *de garantie* ou *de placement* avec prime. Le syndicat n'est plus alors qu'un simple courtier entre la société émissionnaire et le public. D'une part, il s'engage, vis à vis de la société, en premier lieu, à placer les titres moyennant un commission, d'autre part, subsidiairement, à prendre pour son compte les titres non placés.

Le gérant qui a traité avec la société en son nom propre s'adjoint diverses personnes qui lui garantissent la

réussite du placement des titres, chacune pour une portion déterminée.

Si le public couvre l'émission, le syndicat ne lève aucun titre et se borne à répartir le bénéfice du courtage accordé par la société. Sinon, si l'opération échoue entièrement ou en partie, le syndicat prend à son compte ou la totalité ou une partie des titres.

Ces syndicats, comme on le voit, sont de véritables participations et comme telles doivent en produire tous les effets juridiques.

Vis à vis des tiers, seul le gérant est tenu, les autres syndicataires sont à l'abri de toute action directe.

B) On sait de quelle façon se constituent ces syndicats d'émission ; or, parmi les conditions de validité auxquelles ne peut se soustraire la participation, se trouve l'exigence d'un *objet licite*, cette question va se poser à propos de certains syndicats d'émission.

Si, parmi ces derniers, il en est d'incontestablement honorables, il en est d'autres au contraire, ainsi que nous le disions plus haut, dont le but est plus ou moins suspect ; certains d'entre eux sont créés pour venir en aide à une société véreuse ou d'un avenir très problématique dont ils souscrivent les titres à un taux relativement faible, souvent au-dessous du pair ; puis une fois acquéreurs de ces titres, à l'aide d'une habile et mensongère réclame, ils provoquent une hausse factice des titres et revendent avec des bénéfices considérables. La valeur, ensuite, n'étant plus soutenue, s'effondre et avec sa chute entraîne souvent des ruines et de véritables désastres financiers.

Ces syndicats de pure spéculation sont très fréquents, mais ne tombent-ils pas sous le coup de l'article, 15 § 1 de la loi de juillet 1867 ?

Or, il semble malheureusement impossible, en l'état actuel de notre législation, d'atteindre cette variété de syndicats, malgré les périls qu'elle présente pour le crédit public.

Ils *ne sauraient* tomber sous le coup de l'article 15, § 1 de la loi de 1867, en effet cet article est ainsi conçu : « Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : 1° ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscription ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions et des versements. »

Or, dans les cas que nous signalons, il n'y a pas simulation, il y a inscription réelle, mais bien au dessous du pair et avec une hausse factice. Souvent ce sont les syndicataires eux-mêmes qui, après entente préalable, cotent leurs titres à un taux très élevé au-dessus du pair et se les achètent entre eux ; pendant un an, même plus, ils se livrent à cette manœuvre tandis que les titres restent en portefeuille ; comme le public voit le titre toujours monter, il finit par se décider à acheter au taux créé par les syndicataires.

Ces manœuvres ne sauraient davantage tomber sous coup des paragraphes 2 et 3 de l'article 15 de la loi de 1867.

Il y a bien encore cependant l'article 419 du Code pénal, mais s'il réprime la hausse factice, c'est seulement à propos des *denrées et marchandises* d'une part, et des *effets et papiers publics* d'autre part.

L'interprétation du droit pénal étant rigoureusement stricte et de droit étroit, la jurisprudence française n'a

pas cru possible d'étendre aux actions et obligations émises par les sociétés, établissements privés, dans les conditions ci-dessus indiquées, un texte répressif visant exclusivement les marchandises et les effets publics (1).

La même lacune existe en Belgique où l'article 311 du Code pénal ne vise que « les personnes qui, par des moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets *publics* ».

Peut-être, cependant, est-il un cas où l'application d'un texte pénal serait possible, c'est quand il s'agit d'un syndicat portant non plus sur des titres privés, mais sur des effets publics tels que titres d'État, de villes, etc. ; si les manœuvres des syndicats ne tombent pas alors sous le coup de l'article 15 § 1 de la loi de 1867, il nous semble qu'elles tombent sous le coup de l'article 419 du Code pénal à condition bien entendu que le syndicat ait usé de manœuvres frauduleuses et qu'on en établisse la preuve.

En somme, bien que parfois il constitue un moyen peu honorable de réaliser des bénéfices au détriment du public trop confiant, le syndicat d'émission n'a en soi rien d'illicite et sa formation en participation est donc valable.

Telle est la première des applications très actuelles de la participation, nous étudierons au cours des

(1) En ce sens, Cass. Crim., 30 juillet 1885 (D., 86, I, 309) ; Paris, 18 mars 1877 (D., 88, II, 129) ; Paris, 28 avril 1887 (D., 88, II, 105) ; Orléans, 24 juillet 1890 (D., 91, II, 337). Cf. Bozérian, *La Bourse*, I, n° 412 ; Buchère, *Traité des opérations de la Bourse*, nos 475 et s. ; Cosson, *L'agiotage et les établissements financiers*.

V. cependant en sens contraire, Paris, 19 mars 1883 (D., 1883. I, 426) ; 27 décembre 1884 (D., 86, I, 389) ; Lyon, 12 mars 1885 (D., 86, II, 136).

développements qui suivront, les questions de responsabilité et de propriété des apports qui se posent à leur occasion.

§ 2. — *Des syndicats de producteurs et des comptoirs*

Les transformations économiques des conditions de production ont amené, elles aussi, depuis quelques années, la création d'une forme intéressante de participation (1).

Il existe un malaise économique indéniable depuis déjà longtemps, c'est la baisse constante des prix des produits sur le marché, malaise dont souffrent évidemment surtout les producteurs et indirectement les consommateurs par les conséquences qu'il entraîne.

Ce malaise a plusieurs causes : la libre concurrence, chaque producteur cherchant à tirer parti plus de la masse de la clientèle attirée par le plus bas prix, que de la valeur rémunératrice du prix lui-même et s'efforçant par conséquent de vendre le meilleur marché possible ; la surproduction, elle aussi, amène la baisse des prix, elle est fatale, elle a lieu même pour une production monopolisée par l'accumulation trop rapide des mêmes produits sur le marché, et alors deux phénomènes se produisent : les besoins des consommateurs se satisfont de plus en plus et ne peuvent se renouveler que par une diminution de prix.

D'autre part, pour remédier à la surproduction, il faut trouver de nouveaux débouchés, on en trouve un tout indiqué parmi les consommateurs qui d'habitude n'usent

(1) V. Des syndicats de producteurs, M. Percerou, A. C., 1897, 271.

pas des produits qu'on veut écouler, la diminution de leur prix de vente, seule, permet ce nouveau débouché, c'est ainsi qu'on constate que certains articles de luxe sont de moins en moins chers.

A) Pour remédier à cet état de choses et maintenir des prix rémunérateurs, interviennent, depuis une trentaine d'années déjà, des ententes entre producteurs pour limiter la production, répartir les bénéfices avec plus d'égalité parmi eux, détruire les effets fâcheux de la concurrence dans le but d'éviter la baisse des prix et même parfois de les relever. Ce résultat est atteint soit par l'*adoption d'un tarif commun* par les producteurs qui se sont entendus, soit par une *limitation de production* imposée à chacun par tous, soit par la combinaison des deux clauses.

Ces ententes interviennent sous la forme de *syndicats entre producteurs*, le plus souvent ils sont ignorés du public et se constituent en participation.

Si ces syndicats n'aboutissent pas à l'accaparement, les avantages en sont fort appréciables : ce sont une répartition plus équitable du travail et la suppression de la surproduction, on évite ainsi également la baisse des prix de vente et, par conséquence directe, celle du salaire des ouvriers.

Ces conventions juridiques sont-elles valables ?

Au point de vue de l'article 419 du Code pénal, les tribunaux fort exigeants pour la preuve du délit distinguent si le syndicat tend à l'accaparement ou simplement au maintien de prix rémunérateurs ; la jurisprudence hésite seulement à appliquer l'article 419 du Code pénal à celles de ces conventions qui se rapprochent de la participation, mais elle ne l'applique plus du tout aux sociétés proprement dites, jouissant de la personnalité morale

car alors il n'y a pas pluralités d'agents. Toutefois, si par le fait de la constitution en société la sanction pénale est paralysée, la sanction civile subsiste toutes les fois qu'il y a entrave au libre jeu de la concurrence.

M. Percerou en conclut qu' « au point de vue de la sécurité, au regard de la loi pénale, la forme d'association en participation apparaît comme inférieure à la forme société ».

Pourquoi cette conclusion ? Parce que la loi punit les coalitions et qu'on ne saurait parler de coalition pour *une* personne morale qu'est la société, tandis que dans la participation il y a pluralité d'individus.

Constatons une fois de plus les conséquences fâcheuses auxquelles aboutit la théorie de la personnalité, elles sont inévitables avec le droit positif actuel, mais rationnellement, la différence qu'elle crée encore ici entre la participation et les autres sociétés est illogique.

En outre, le caractère distinctif de la participation est son occultanéité, *un seul* y est connu des tiers, où y trouver la pluralité d'individus nécessaire à l'existence du délit de coalition ?

Sans doute, pourrait-on, à la rigueur, la découvrir dans les simples ententes entre producteurs, exploitées sous forme de participation, car celle-ci emprunte alors la forme de la société en nom collectif : l'association seule est secrète, chaque participant agit et traite avec les tiers, il y a plusieurs individus agissant, coalisés dans un même but ; encore faudrait-il prouver qu'ils sont unis par un lien et qu'ils ne sont pas tout simplement des commerçants isolés vendant au même prix.

B) Mais il n'en est pas toujours ainsi, très souvent les syndicats entre producteurs revêtent une forme plus spéciale : ce sont alors les *comptoirs de vente*.

Jusqu'à présent l'organe central de la simple participation bornait son rôle à donner des ordres, mais ne substituait pas son initiative à celles des industries syndiquées ; il en résultait un grave inconvénient : une difficulté de contrôle sur les agissements des syndicataires, les membres infidèles pouvaient toujours dissimuler facilement et vendre à de plus bas prix que leurs collègues ; pour y remédier, il fallait que chaque syndiqué renonce à entrer directement en relation avec sa clientèle et que le soin d'effectuer la répartition des ventes appartienne à une seule personne.

Pour mettre en œuvre ce remède, on forme alors le plus souvent un comptoir, les syndicataires n'y ont plus aucune initiative, un bureau nommé par eux centralise les commandes et les répartit entre eux, après quoi il vend seul et obligatoirement leurs produits, aucun membre ne peut plus traiter isolément de son côté ni pour recevoir des commandes, ni pour vendre ; le comptoir s'occupe exclusivement de la partie commerciale laissant au libre arbitre de chacun la partie industrielle de la fabrication, il n'est plus qu'un commerçant unique faisant exécuter les ordres qu'il reçoit par des ouvriers qui travailleraient à domicile.

Ces comptoirs de vente donnent lieu à trois questions en face de la participation :

1° La participation est-elle *appropriée* à leur nature ?

2° Constitués sous forme de participation, ces comptoirs sont-ils *licites* ?

3° Constitués sous forme de participation, sont-ils de *véritables sociétés* au sens strict du mot ?

1° En pratique, les comptoirs de vente sont *très souvent* exploités sous forme de participation, la plupart du temps ce sont de semblables organisations que dissimulent de

soi-disants courtiers industriels ou commerciaux ; c'est ce qu'on nous assura à Paris, au cours de notre enquête (1).

Une seule personne, le comptoir lui-même, y traite avec les tiers ; ceux-ci *ignorent* totalement l'existence des syndiqués et traitent avec le bureau de vente comme avec un simple courtier, les rapports entre les associés et le comptoir demeurent *inconnus* des tiers ; on trouve dans ces faits la caractéristique de la participation : l'occultanéité.

Selon nous, la participation nous semble même la forme par excellence pour exploiter les comptoirs de vente qui impliquent une dissimulation.

Certains lui trouvent préférable à cet égard, la société anonyme.

Cette préférence nous semble illogique.

En effet, l'avantage de la société de capitaux est l'indépendance qu'elle garantit, du sort personnel de chacun des associés.

Or dans le comptoir, on tient tellement *peu* à cette indépendance, on tient tellement au contraire à la *personnalité* du syndiqué que, lorsqu'il emprunte la forme d'une société anonyme, on supprime un des caractères de la société de capitaux qui garantissait cette indépendance : la cessibilité de l'action. Pour que les actions ne tombent pas entre les mains d'un étranger qui risquerait d'apporter le trouble dans l'organisation du comptoir, on exige l'assentiment du conseil d'administration pour la cession de l'action, c'est donc qu'on tient avant tout à la *personnalité* du syndiqué.

Le comptoir de vente est donc plutôt une société de

(1) Cf. également F.-H., v. Société en participation, nos 84 et 85.

personnes, et à ce titre comme au point de vue de l'occultanéité, la participation semble la forme *la plus appropriée* à sa nature (1).

2° *Au regard de la loi pénale*, les comptoirs de vente exploités sous forme de participation nous semblent licites.

Nous répéterons à leur sujet les mêmes observations qu'à propos des syndicats de producteurs.

La jurisprudence voit une coalition dans la participation-comptoir, parce qu'elle ne constitue pas une personne morale. Ce reproche adressé à la participation n'est pas justifié, d'abord, parce que, rationnellement, nous rejetons les conséquences d'une notion juridique fausse ; ensuite, parce que la coalition existe encore moins que partout ailleurs dans la participation : en effet, dans la participation, un seul agit et non un groupe, un seul, le gérant, le comptoir en l'espèce, y fait des actes de commerce.

3° Ces participations-comptoirs sont-elles des *sociétés au sens de l'article 1832* du Code civil ?

Il est permis d'en douter.

Tout d'abord, ces participations ne comportent *pas d'apports* ; sans doute, chaque participant syndicataire apporte des marchandises à un vendeur commun, mais il n'y a pas là apport social au sens juridique du mot. Les apports sont des biens dont les valeurs réunies forment un fonds social, lequel est affecté à l'exploitation d'une entreprise commune ; les marchandises des

(1) Sur les formes juridiques divers susceptibles d'être revêtues par ces ententes patronales, V. notamment : Pic. *Traité de législation industr.*, les lois ouvrières, 1re éd. n. 590 et s., et les syndicats ou coalitions de producteurs et la loi pénale (*Revue politique et parlementaire*, novembre 1902) ; Brouilhet, *Essai sur les ententes industrielles*.

participants syndicataires ne forment pas un *fonds social*, elles gardent chacune leur indépendance propre et ne sont affectées à aucune exploitation ; au contraire, elles sont elles-mêmes l'objectif de l'association, leur rôle est purement passif, les comptoirs ne comportent donc pas d'apports.

D'autre part, ces associations *n'ont pas lieu* pour la réalisation de *bénéfices* à partager en commun ; tout s'y passe comme si les participants étaient de simples commerçants particuliers, ayant tous le même courtier comme vendeur ; chacun d'eux ne profite en aucune façon du produit de la vente de son associé, il n'y a pas dans le comptoir *confusion* des prix de chaque vente et attribution sur ces prix d'un bénéfice à chacun. Cette association ne poursuit pas la réalisation de bénéfices, mais elle a pour seul objectif, le maintien d'un prix de vente rémunérateur pour une collectivité de négociants.

La participation-comptoir n'est donc pas une société, elle s'analyse en une sorte de *mandat*, dont les syndicataires sont les mandants occultes, et le comptoir lui-même, le mandataire public.

Quant aux *syndicats de producteurs* proprement dits, s'ils ne s'analysent pas en un mandat, ils ne constituent *pas davantage* des sociétés, d'abord pour les raisons données précédemment à l'occasion des comptoirs, ensuite parce qu'ils ne sont qu'une *simple entente*, une *simple soumission* à un tarif commun ou à une limitation de production.

Section II. — *Règles de forme. La participation et les émissions de titres négociables*

Aucune forme spéciale n'est imposée pour la constitution d'une association en participation ; elle se crée par le *seul consentement* des parties contractantes et aucun écrit n'est exigé pour sa validité. Si, en fait, une convention est rédigée, c'est simplement pour règler les relations juridiques des parties entre elles ; mais le contrat existe, avant même qu'il soit constaté dans un acte, par le simple accord de volontés.

D'autre part, le législateur reconnaissant le caractère occulte de la participation ne devait pas lui imposer les formalités de constitution qu'il édicte pour les autres sociétés commerciales, principalement dans l'intérêt des tiers, il ne pouvait réglementer une association formée à son insu.

Le législateur n'a fait en somme que permettre ce qu'il ne pouvait pas empêcher en écrivant dans l'article 48 du Code de commerce que les participations ont lieu *pour les objets, dans les formes avec les proportions d'intérêts et aux conditions convenues entre les participants.*

Il va de soi que la participation, par suite de son caractère occulte, ne saurait être accompagnée d'une publicité quelconque ; jurisprudence et doctrine sont d'accord pour admettre cette conclusion (1).

Au moment de la constitution de la participation se

(1) En ce sens, Cass., 4 décembre 1860 (S., 62, I, 575; D., 60, I, 302); 21 juin 1864 (S., 64, I, 317) ; Paris, 27 janvier 1876 (S., 80, II, 11), Douai, 13 juillet 1877 (S., 77, II, 199) ; Vavasseur, I, n. 317 ; G. Poulle, nº 55 et s. ; Lyon-Caen et Renault, II, n. 1055.

pose une question aussi intéressante qu'importante : *la participation peut-elle se constituer par émission d'actions ou de parts bénéficiaires?*

Le problème a été diversement résolu dans les décisions de la jurisprudence et dans les théories de la doctrine, nous envisagerons dans un premier paragraphe l'opinion de la jurisprudence, dans un second la doctrine affirmant la validité des actions ou parts bénéficiaires dans une participation, dans un troisième la doctrine contraire, et nous chercherons ensuite quelle est la solution la plus en harmonie avec le caractère spécial de la participation.

Comme pour la section précédente nous nous hâtons de faire remarquer que celle-ci n'est qu'un prétexte à l'étude des émissions de titres dans la participation.

§ I. — *Jurisprudence*

I

Dans une première hypothèse, la jurisprudence *admet* sans hésitation la création de *parts d'intérêts* dans la participation. On sait que chaque participant a droit à une part des bénéfices proportionnelle au chiffre de son apport ; or il peut très bien arriver, et en fait cela est très fréquent, qu'un titre délivré au participant constate cette créance ; ce titre n'a aucune valeur nominale par lui-même, c'est une simple part d'intérêt donnant droit à une quotité des bénéfices de la société et l'ensemble des parts de chacun des associés ne représente pas un apport en numéraire ou en nature, il n'est qu'un moyen de réglementation de comptes.

Toutes les fois que, lors de la formation d'une société en participation, on a créé pour la répartition des bénéfices, des parts d'intérêt sans valeur nominale, dont les porteurs ne peuvent être l'objet d'aucune responsabilité et d'aucun appel de fonds, si par ailleurs la convention sociale présente tous les caractères d'une participation, la création de ces parts d'intérêts, d'après la jurisprudence, est licite, elle est valide et ne transforme par la participation en une commandite par actions.

Tel était le cas sur lequel statuait le Tribunal de la Seine, le 6 juillet 1898 : il avait été créé dans une participation des parts de cette espèce, un des acquéreurs de ces parts demandait la nullité de la société en prétendant qu'elle n'était qu'une société par actions ainsi constituée pour échapper à la loi de 1867 ; la Cour correctionnelle de Paris confirma le jugement du Tribunal et rejeta la demande en nullité en considérant « que les parts mises à la disposition des adhérents n'avaient pas une valeur nominale et ne devaient porter que sur les bénéfices, que les porteurs de ces parts ne pouvaient être l'objet d'aucune responsabilité et d'aucun appel de fonds... (1) » M. Houpin souligne cet arrêt en faisant remarquer également que les titres ainsi créés « ne pouvaient avoir le caractère d'actions puisqu'ils ne représentaient pas l'apport de sommes ou d'un bien quelconques » et que ces parts bénéficiaires ne sauraient être assujetties à la loi de 1867.

Tel est le cas dans lequel, certainement, le fractionnement du capital de la participation en parts individuelles est reconnu possible par la jurisprudence.

(1) Cf. Paris, 24 décembre 1898 (*J. S.*, 1899, 363 ; *R. S.*, 1899, 306).

II

Mais *l'action* proprement dite, l'action négociable et la *part bénéficiaire au porteur*, toutes deux transmissibles par endossement, sont-elles conciliables avec la nature de la participation ?

A

Si l'on remonte assez loin dans le passé, on constate que le problème s'est posé beaucoup plus rarement que de nos jours, mais néanmoins on le rencontre déjà dans les annales de la jurisprudence.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juillet 1842 (1), statuant en matière fiscale, déclare purement et simplement que la participation *ne peut pas* être constituée sous forme d'actions, sans donner aucun motif de sa décision.

Cependant, dans deux décisions postérieures, l'une rendue par la Cour de cassation, l'autre par une Cour d'appel, il est statué sur des participations constituées sous forme d'actions cessibles à des tiers, et la validité d'une telle constitution n'a même pas été discutée.

Dans ces hypothèses, on était en face de sociétés à durée illimitée, constituées sous forme de participation : les associés avaient renoncé au droit de demander la dissolution de la société et le partage du fonds social, cependant les inconvénients résultant pour eux de cette situation étaient graves et nombreux. S'il est défendu de renoncer dans l'acte portant établissement d'une société sans limitation de durée au droit d'en demander la

(1) Cf. D., Rép., V° Enregistrement, note sous n° 1788; (S., 42, I, 595).

dissolution parce que ce serait là une stipulation contraire à l'art 1780 du Code civil, les associés ne peuvent-ils pas cependant soustraire les sociétés à l'éventualité et à l'arbitraire d'un tel mode de dissolution en réservant à chaque associé la faculté de se retirer au moyen de la cession de sa part d'intérêt ?

La Cour de cassation, dans un arrêt du 6 décembre 1843 (1), avait admis l'affirmative, c'est pourquoi elle avait délaissé la discussion de la validité d'un tel procédé dans une participation ; elle avait surtout vu dans la division en actions du capital d'une telle société, un moyen commode d'éviter l'inconvénient signalé précédemment par la faculté qu'il donnait à chaque associé en cédant sa part de se *retirer* de la société sans que pour autant celle-ci cessât d'exister.

Dans les mêmes circonstances, la Cour de Rennes tint le même raisonnement, en 1856 (2) et en 1867, à propos de simples parts d'intérêts (3).

Sur pourvoi, la Cour de cassation confirmait cette seconde décision en déclarant que : « L'association en participation est valable et ne tombe pas sous le coup de l'article 1869 du Code civil, abstraction faite de son caractère et de sa durée, si d'après les usages chaque associé a le droit de se retirer de l'opération en *cédant sa part* (4). »

En 1894, la Cour de Rennes se prononçait dans le même sens, dans une affaire semblable, sans trancher davantage la question qui nous intéresse (5).

Mais depuis, tout récemment, la question s'est posée à

(1) D., 44, I, 111 ; S., 44, I, 22.
(2) Rennes, 28 janvier 1856 (Pas. fr., 1857, II, 10).
(3) Rennes, 26 février 1867 (D. 1869, I, 137).
(4) Cass., 13 juillet 1868 (D., 1869, I, 137).
(5) Rennes, 4 janvier 1894 (D., 94, II, 120).

maintes reprises et d'une façon plus précise, sans qu'on ait à se préoccuper de la durée illimitée de la société ; toute la jurisprudence s'est montrée hostile à la constitution de la participation par actions ou parts bénéficiaires en invoquant son défaut de personnalité morale.

B

Tout d'abord, elle refuse à la participation la faculté de se constituer par l'émission de *parts bénéficiaires au porteur*.

Dans un arrêt du 8 janvier 1900 (1), la Cour de Paris prononce formellement la nullité d'une participation ainsi constituée.

Voici l'espèce : des sieurs Laplace, Frœmer et Dol, propriétaires du journal *L'Événement*, avaient formé pour l'exploitation de ce journal une association en participation ; des parts bénéficiaires sans valeur nominale, au porteur, transmissibles par simple tradition avaient été créées pour la constitution de cette société.

Un sieur M... à qui le gérant avait transmis 300 de ces parts en échange de la cession de ses droits dans la succession de son père, demandait la nullité de ladite cession en prétendant qu'une association en participation ne pouvait créer des parts bénéficiaires.

Le syndic de la faillite personnelle du gérant soutenait que les associés en participation avaient le droit de céder à des tiers une part de leurs bénéfices, que cette cession pouvait se faire au moyen de titres au porteur transmissibles par simple tradition et qu'aucune loi n'avait limité à cet égard la liberté des contrats.

(1) Cf. S., 1903, II, 185 ; D., 1902, II, 105 ; P., 1902, II, 106.

« La Cour rejeta ces moyens de défense, et, faisant droit à la demande du sieur M..., annula la société en considérant : « Que les titres destinés à être remis aux acquéreurs de ces parts et à être répandus dans la circulation indiquaient qu'ils étaient créés par une société en participation et qu'ils étaient délivrés et certifiés en son nom par le directeur-gérant ; que cette création de parts bénéficiaires au porteur était nulle puisqu'elle émanait d'une participation, qui, en tant que société, *n'avait pas de personnalité juridique* et n'était pas capable d'agir et de contracter ; que si l'association en participation n'est point assujettie à des règles particulières de forme ou de publicité, c'est parce qu'elle a pour caractère essentiel d'être occulte et sans intérêt pour les tiers qui traitent avec le gérant en son nom personnel et qui n'ont que lui pour obligé ; qu'une société commerciale ne peut faire d'actes valables au regard des tiers qu'à la condition de revêtir l'une des trois formes réglementées par le législateur : celle de la société en nom collectif,... celle de la société anonyme,... celle de la société en commandite... »

A côté de ces arguments de droit, la Cour s'appuie sur d'autres arguments de fait que nous sommes heureux de citer parce qu'ils confirment tout à fait les résultats de notre enquête : elle annule la participation en considérant « qu'il est manifeste que Laplace, Frœmer et Dol se sont proposés d'attirer l'argent des tiers dans leur entreprise ; qu'ils n'ont pas voulu faire une société en nom collectif qui les aurait solidairement obligés au paiement des dettes ; qu'ils n'ont pas davantage cherché à constituer une société anonyme ou en commandite par actions, afin de ne pas être soumis à la vérification de leur apport et à l'accomplissement des formalités qui

protègent les intérêts des tiers et que ne voulant point observer la loi, ils ont *essayé de la tourner* en formant une société en participation qui se révélerait aux tiers sous une raison sociale, empruntée au nom du journal *L'Événement* et qui, ne faisant apparaître sur ces titres aucun nom de personne, pourrait, aux yeux d'un public crédule, se confondre avec une société anonyme et émettre des parts bénéficiaires au porteur, comme une société anonyme pourrait le faire ».

En somme, le raisonnement que se tient la Cour de Cassation est fort simple : elle refuse à la participation la faculté d'émettre des parts bénéficiaires pour deux motifs, d'abord parce qu'elle n'est pas une personne morale : pour créer ces titres, il faut être capable d'agir et de contracter, or une société commerciale ne peut faire des actes valables au regard des tiers que si elle jouit de la personnalité morale, la participation n'a pas cette qualité ; ensuite, parce que toute émission de titres entraînant forcément la publicité fait disparaître le caractère occulte de la participation. En outre, il faut remarquer que ce procédé n'a d'autre but que de faire échapper à la loi de 1867 des sociétés anonymes ou en commandite par actions, il est donc essentiellement frauduleux.

Tels sont les motifs sur lesquels toute la jurisprudence actuelle se base pour déclarer nulle l'émission de parts bénéficiaires dans la participation.

β Depuis une dizaine d'années, les décisions abondent sur cette question : le Tribunal de commerce de Lyon, le 26 juin 1901 (1), le 29 juin 1903 (2), la résout dans le même sens que l'arrêt de la Cour de Paris du

(1) Cf. *R. S.*, 1902, 124.
(2) Cf. *R. S.*, 1904, 245.

8 janvier 1900 ; le Tribunal de commerce de la Seine annule également en 1904 (1) une participation où tous les associés sont porteurs de parts conférant à chacun d'eux des avantages égaux, soit dans les bénéfices sociaux, soit dans la répartition de l'actif social et qui a d'ailleurs, tous les caractères d'une commandite par actions ; citons encore, dans le même sens, un jugement du Tribunal de Lyon, du 23 décembre 1904 (2), à propos duquel un annotateur fait remarquer que « la création de ces participations qui émettent des titres négociables et ont toutes les apparences de sociétés par actions est le moyen le plus fréquent employé pour *éluder la loi de 1867* », des décisions du Tribunal de commerce de Lyon du 9 février 1905, de la Cour de Paris du 27 juin 1906 (3), du Tribunal de la Seine du 15 mars 1906 (4), du Tribunal de commerce de Lyon du 30 mai 1906 (5), du Tribunal de la Seine du 15 mars 1906 (6).

Dans un arrêt de la Chambre correctionnelle de la Cour de Paris, en 1907, on croirait trouver une solution contraire (7).

D'après cet arrêt, à défaut d'acte social, la souscription par diverses personnes d'un certain nombre de parts bénéficiaires suffit à établir l'existence entre les souscripteurs et le créateur de ces parts d'une association en participation.

C'est là, prétend-on, reconnaître implicitement la

(1) Trib. comm. de la Seine, 10 mars 1904 (*Gaz. Pal.*, 1904, I, 189).
(2) Cf. *J. S.*, 1905, 455.
(3) V. *R. S.*, 1906, 101. Il s'agit encore ici d'une commandite par actions qu'on a voulu déguiser sous la forme d'une participation, annulée par des attendus très formels.
(4) V. *J. S.*, 1907, 78.
(5) V. *R. S.*, 1907.
(6) V. *R. S.*, 1906, 308.
(7) Paris, Ch. correct., 9 janvier 1907 (*R. S.*, 1907, 424).

validité de la création des parts bénéficiaires dans une participation. Nous ne le croyons pas, il ne s'agissait en effet dans cette occasion, que d'un moyen de preuve ; il s'agissait d'établir avant tout l'existence d'un bien social, peu importait que la création des titres fût nulle ou non si elle sufisait à le prouver, cette décision de la Cour de Paris n'est donc aucunement en contradiction avec les solutions antérieures de la jurisprudence (1).

Le 19 mars 1907 (2), le Tribunal correctionnel de la Seine annulait encore une participation constituée par émission de parts bénéficiaires.

La question s'y représente toujours de la même façon: un sieur Gampert avait constitué à Paris, le 23 janvier 1904, une association en participation ; pour se procurer des fonds il avait créé des parts. Il est curieux, en publiant les articles suivants de ses statuts, de montrer comment il procédait.

« Art. 8. — Le sieur Gampert entend *ne pas* créer d'actions, mais pour faciliter le partage des bénéfices, il est créé 1000 *parts bénéficiaires* d'intérêt au porteur, sans indication de valeur nominale, donnant droit chacune à la millième partie des bénéfices nets annuels de la présente association. Les parts seront extraites d'un registre à souches, revêtues d'un numéro d'ordre et du timbre de l'association.

« Art. 11. — Les parts étant au porteur, leur transmission s'opérera par la simple tradition du titre, comme il est dit plus haut. »

(1) V. la note sous 9 janvier 1907 précité d'après laquelle également la décision de la Cour de Paris ne constitue pas une dérogation à la jurisprudence antérieure.

(2) V. C., 1907, II, 153 ; D., 1908, II, 393.

Malgré les précautions que Gampert avait prises, le Tribunal de Paris annula la participation litigieuse parce qu'au fond, Gampert n'avait eu d'autre but que de créer une société de capitaux en la déguisant sous une autre forme pour échapper aux prescriptions des lois du 24 juillet 1867 et du 1er août 1893, délit prévu et puni par lesdites lois (1), et parce que l'association en participation perd son caractère essentiel d'être occulte en émettant des parts au porteur.

Tel est l'état actuel de la jurisprudence quant à la création de parts bénéficiaires dans une participation.

La question ne s'est pas souvent posée devant les tribunaux français pour les *parts de fondateur*, mais nous ne voyons aucune raison pour que les tribunaux aient appliqué à leur égard une jurisprudence différente de celle concernant les parts bénéficiaires.

C

Quant aux actions, la jurisprudence admet-elle que la participation puisse émettre de tels titres ?

On a prétendu faussement que la Cour de cassation ne s'était jamais occupée de cette question (2) ; depuis une dizaine d'années, cette juridiction et tous les tribunaux et cours ont eu très souvent à s'occuper d'espèces où il s'agissait, non plus de simples parts bénéficiaires, mais *d'actions proprement dites*.

(1) Art. 13 et 14 de la loi du 24 juillet 1867.

(2) V. F. H., Vo Société en participation, no 121. Dès l'arrêt du 12 juillet 1842, la Cour de cassation décidait que « la société en participation ne peut pas être mise en actions. » V. l'arrêt précité.

Toute la jurisprudence est unanime à *refuser* à la participation la faculté d'émettre des actions, les raisons qui la décident sont les mêmes que pour les parts bénéficiaires.

Les décisions annulant pour ces motifs des participations constituées par actions sont fort nombreuses, citons parmi elles : des arrêts de la Cour de cassation du 23 décembre 1895 (1), de la Cour de Paris (2), de la Cour de cassation (chambre criminelle) du 12 janvier 1905 (3), des jugements du Tribunal de commerce de Lyon du 9 février 1905 (4), du Tribunal de la Seine du 15 mars 1906 (5), où il est formellement déclaré que « le principal caractère d'une association est d'être occulte et qu'il s'ensuit que toute société dont les statuts indiquent... des apports rétribués par des parts d'intérêts, des parts transmissibles par voie d'endos au porteur et... ne saurait être considérée comme constituant une association en participation, mais présente tous les caractères de la commandite par actions. »

Certains fondateurs pensant échapper aux sanctions des Tribunaux se gardaient de donner le nom d'actions aux titres émis ; le Tribunal de la Seine ne s'en est pas tenu aux déclarations des parties et après avoir reconnu dans les prétendues parts tous les caractères des actions, il les a considérées comme telles ; en effet, le signe distinctif des actions étant leur *cessibilité*, l'aptitude à circuler librement, les titres en question étaient bien des actions puisqu'ils étaient émis sous la forme au porteur

(1) Cf. S., 96, I, 533.
(2) Cf. (A. C., 1902, II, 97 ; *Gaz. Pal.*, 8 février 1902).
(3) Cf. *R. S.*, 1905, 301.
(4) Adde, Trib. Comm. de Lyon, 3 novembre 1905 (*R. S.* 1906, 255).
(5) Cf. *R. S.*, 1906, 308.

qui contient à son plus haut degré cette faculté de libre circulation (1).

Le Tribunal de commerce de Lyon se prononçait dans le même sens, le 30 mai 1906 (2).

Enfin, pour mettre terme à ces manœuvres dissimulatrices, pour empêcher désormais les fondateurs de participation de se croire à l'abri en donnant le nom de parts d'intérêts aux titres créés alors qu'ils sont de véritables actions, la Cour de cassation décidait, le 28 mars 1908 (3), que : « Lorsque les statuts d'une société dénommée association en participation divisent le fonds social en *parts* d'égale valeur, pouvant être *cédées* au public par le gérant, consistant en *titres au porteur* transmissibles par simple tradition, les tribunaux peuvent décider que ces parts présentent les caractères juridiques de *l'action* et que la société faussement dénommée association en participation est en réalité une société en commandite par actions et que son fondateur, faute d'avoir observé les prescriptions édictées par la loi de 1867, encourt les pénalités des articles 13 et 14 de ladite loi.»

§ 2. — *Théorie doctrinale autorisant les participations à émettre des titres*

Une certaine partie de la doctrine ne partage pas la façon de penser de la jurisprudence et *admet la possibilité* pour les participations *d'émettre des actions* ou des *parts bénéficiaires*.

Dans ses premières éditions, M. Vavasseur pensait qu'il

(1) V. *J. S.*, 1907, 78.
(2) Lyon, 30 mai 1906, *R. S.*, 1907.
(3) Cf. *R. S.*, 1908, 284.

y avait une incompatibilité absolue entre l'action et la participation, la première impliquant un capital collectif et devant révéler, par sa publicité, l'existence de la seconde aux tiers qui ne doivent pas la connaître (1) ; cependant, dans la cinquième édition de son traité, il reconnaît que ces deux objections ne sont pas décisives, il distingue, comme nous avons cru devoir le faire nous-mêmes pour l'analyse de la jurisprudence, les parts d'intérêt et les actions proprement dites.

Sans doute, pense cet auteur, dans la participation, il ne saurait y avoir capital social, mais il y a tout au moins communication des bénéfices et des pertes dans des proportions déterminées par les conventions ; c'est là ce qui constitue le droit de participation, il peut être représenté par une part d'intérêt, et rien n'empêche les participants de la stipuler cessible (2). Si la cession en a lieu dans les formes civiles, comme celle des droits incorporels (3), elle est incontestablement valable. Quant à l'action proprement dite, le défaut de capital social n'est pas une raison péremptoire de la rejeter de la participation, en effet, alors même qu'il n'y aurait pas de capital social, « il pourrait y avoir une copropriété indivise susceptible également d'un fractionnement et d'un transport civil. »

D'autre part, le caractère occulte de la participation n'est pas compromis. On exagère la clandestinité de cette société, société occulte ne veut pas dire société secrète. Du moment que les tiers sont avertis qu'il s'agit

(1) Vavasseur, *Traité des sociétés commerciales*, 2e ed., nº 355.
(2) Vavasseur cite comme exemples à l'appui de cette affirmation es arrêts de Rennes des 28 janvier 1856 et 26 février 1867, précités.
(3) Art. 1690, C. civ.

d'une participation, quoiqu'ils soient « plus ou moins dans la confidence de la société », le procédé est licite et le caractère occulte n'en subsiste pas moins. D'ailleurs l'article 48 du Code de commerce pose d'une façon très précise et très générale le principe de la liberté des conventions, il faudrait une intervention législative pour prévenir les dangers que cette liberté peut offrir.

M. Poulle est également du même avis que M. Vavasseur (1) ; il s'appuie surtout sur le silence du Code de commerce à cet égard : pas d'interdiction, donc autorisation tacite ; d'autre part, une émission d'actions peut très bien n'être pas publique et permise à ce titre à la participation.

Mais le représentant le plus autorisé de cette théorie est sans contredit M. Wahl (2). Pour étudier la question, cet auteur se place successivement à deux points de vue différents : 1° la *participation peut-elle émettre des titres une fois qu'elle est déjà constituée?* 2° peut-elle se constituer par *émission des titres?*

I

Dans la première hypothèse, M. Wahl envisage à tour de rôle trois sortes de titres, les *obligations*, les *parts sociales* ou parts bénéficiaires et les *parts de fondateur*, l'émission en est-elle possible à la participation déjà constituée ?

En règle générale, la jurisprudence déclare illicite

(1) Poulle, *op. cit.*, n° 313.

(2) Cf. ses deux notes sous Paris, 8 janvier 1900 (S., 1903, II, 185) et Paris, 27 juin 1905, Paris, 9 janvier 1907, Trib. corr. de la Seine, 19 mars 1907 (S., 1907, II, 153).

l'émission de titres quelconques par la participation parce que cette société n'a pas de personnalité morale.

Indubitablement, les participations n'ont pas la personnalité morale (1), bien mieux elles n'existent même pas vis à vis des tiers, ces derniers ne connaissent pas une société, ils ne connaissent qu'un simple particulier : le gérant, celui-là seul peut faire à leur égard des actes, valables ou non.

A) Supposons qu'une émission *d'obligations* ait lieu dans une participation, elle doit être déclarée *valable*. En effet, si l'émission avait été faite par le gérant, en son nom personnel, sa validité eût été incontestable (2) ; or, *elle doit être interprétée* comme ayant été faite par *lui seul*, signataire des titres, en son *nom personnel* et au profit de l'association ; c'est un simple particulier qui agit, on ne peut donc plus opposer à la validité de ses actes le défaut de personnalité de leur auteur.

Puisque les tiers n'ont à faire qu'au gérant, il n'ont pas à se préoccuper de la *mention* concernant l'existence d'une société en participation qui pourrait être faite sur les obligations : cette mention « est destinée à rendre hommage aux faits, ou peut-être à indiquer aux obligataires le but de l'émission, ou peut-être encore à servir de titre aux participants pour leur permettre d'obliger le gérant à utiliser le produit de l'émission au bénéfice de l'association ».

B) Supposons d'autre part, qu'il s'agisse de *parts sociales*, une participation a émis de ces titres attribués à

(1) Cf. note de M. Wahl sous Cass., 20 mars 1900 (S., 1902, I, 321).

(2) Un particulier a en effet le droit d'émettre des obligations. Comp. Cass., Turin, 16 juillet 1897, et Cass., Rome, 1er février 1898 (S., 1899, IV, 13).

des tiers moyennant le versement d'un capital, et leur donnant droit à une partie correspondante de l'actif, ce procédé de sa part est-il licite?

L'objection formulée par la jurisprudence n'a pas plus raison d'être que dans le premier cas. Non seulement on peut appliquer à ces parts le même raisonnement qu'aux obligations, mais on ne saurait refuser d'en valider l'émission sous prétexte qu'elle constitue un acte non valable à l'égard des tiers car les personnes qu'elle concerne ne sont pas des tiers, mais bien des associés. En effet, les souscripteurs des parts sociales deviennent des participants, il ne peut être question pour eux de droits ni d'obligations vis à vis de la société, mais de droits dans la société; ils n'ont pas des intérêts opposés à la société, mais dans leur ensemble, constituent la société elle-même, ils sont de véritables coassociés, on ne saurait les considérer autrement. L'émission de parts sociales par une participation est donc licite parce qu'elle émane d'une personne *capable* et parce qu'elle ne concerne pas des *tiers*.

Le caractère négociable de ces titres n'entraîne pas davantage la nullité de leur émission, tout le monde peut émettre des titres négociables et même des titres au porteur (1).

C) Quant aux *parts de fondateur*, leur sort dans la participation dépend de la nature juridique qu'on leur assigne.

Si elles constituent des droits de créance (2), on leur applique les mêmes raisonnements qu'aux obligations : la participation ne peut émettre des titres de cette

(1) V. les arrêts de Turin et de Rome précités.
(2) V. notes de M. Wahl sous Paris, 16 juillet 1896 (S., 1898, II, 89) et sous Paris, 8 juin 1901 (S., 1903, II, 25).

nature (1), mais on peut toujours démontrer que les titres ont été émis pour le compte du gérant et sont alors valables.

En tous cas, on ne peut dire que lorsqu'elle se révèle aux tiers de cette façon, la participation est exposée à être déclarée nulle pour ne s'être pas conformée aux prescriptions légales qu'elle a eu le tort d'éluder : une association valablement formée entre les participants n'est pas annulée pour avoir outrepassé ses droits, elle reste debout, seul l'acte par lequel elle a excédé ses droits est nul.

Si les parts de fondateurs ne sont ni plus ni moins que des parts sociales (2), leur validité ne fait *aucun doute*, l'émission de ces titres n'étant en somme qu'un contrat par lequel de nouveaux membres *entrent* dans la société.

II

Avant de nous placer dans la seconde hypothèse : celle où la participation se *constitue* par émission de titres, il faut tout d'abord écarter une *théorie intermédiaire*.

D'après cette théorie nouvelle, la société en participation pourrait créer des parts, mais « à la condition que ces parts ne fussent *ni au porteur, ni nominatives*, c'est à dire ne fussent pas *négociables*, mais simplement *cessibles* dans les formes de l'article 1690 du Code civil (3) ».

Il n'y a aucune raison de distinguer suivant la forme des parts pour admettre ou interdire ce mode de division

(1) V. en ce sens : Lecouturier, *Traité des parts de fondateur*, n. 74.

(2) V. les autorités citées dans la note de M. Wahl, sous Paris, 16 juillet 1896, précité.

(3) V. Pottier, *Des sociétés commerciales*, n° 299.

du capital des participations : s'il est permis, c'est en vertu de la liberté des conventions, efficace de la même façon pour toutes les sortes de titres ; s'il est interdit par la jurisprudence et une partie de la doctrine, c'est parce qu'il est juridiquement imposible à une société dénuée de personnalité morale de prendre un engagement, c'est parce que, s'il s'agit d'actions, les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 sont incompatibles avec la nature de la participation. « Si une association dépourvue de personnalité ne peut émettre de titres, elle ne peut en émettre *d'aucune espèce* ; qu'il s'agisse d'actions ou d'obligations, de titres négociables ou de titres cessibles uniquement dans les formes civiles, la raison de décider reste *la même* ; cette raison est que toute émission de titres constitue un engagement de payer un capital et de servir des intérêts ou des dividendes, et que pour pouvoir contracter une obligation, il faut juridiquement exister. »

« De même, s'il est exact qu'une association en participation ne peut émettre des parts bénéficiaires sans se conformer à la loi de 1867, le mode de transmission des parts créées importe peu pour leur assujettissement aux formalités qu'impose cette loi aux sociétés par actions ; on veut que la participation se soumette à la loi de 1867 parce que les parts qu'elle émet ne sont la plupart du temps que des actions.

« Ce n'est pas par *le mode* de transmissibilité, c'est par le *fait même* de leur transmissibilité que les actions se distinguent des autres parts sociales : un titre est une action, en principe, quand il est transmissible *librement*, et n'est pas une action quand sa transmissibilité est *subordonnée* au consentement des coassociés (1). »

(1) V. Cass., 9 février 1887 (S., 1888, I, 177), et la note ; 5 novembre 1888, (S., 1889, I, 437.— P., 1889, I, 1071), et la note.

Ainsi, cette théorie, soi-disant intermédiaire, n'a pas raison d'être puisqu'il est incontestablement admis qu'un titre représentant une part sociale, constitue une action, *même* s'il n'est cessible que dans les formes *civiles* lorsqu'il est librement transmissible (1).

Dans la discussion qui va suivre, il ne sera donc utile de distinguer parmi les titres que *deux sortes* d'entre eux : les titres *librement transmissibles*, parts sociales ou autres, tous englobés sous la *seule* et *même* dénomination *d'actions*, et les titres qui ne sont pas des actions parce que leur transmission n'est *pas libre*.

Les développements et les raisonnements concernant les actions s'appliquent aux parts bénéficiaires.

III

Toute la question se ramène uniquement à celle de savoir si la participation peut se constituer par actions.

Les objections soulevées par la jurisprudence sont toujours les mêmes, cependant la Cour de Paris semble, dans un de ses arrêts (2), faire une distinction nouvelle en refusant à la participation la possibilité d'une telle constitution sous prétexte qu'elle est dépourvue de personnalité juridique *au regard des tiers*. La participation ne peut être dénuée de cette qualité vis à vis des uns et l'avoir vis à vis des autres, or elle ne l'a d'aucune façon. En admettant qu'elle soit une personne morale dans les rapports *entre associés*, cela suffirait, contrairement à ce que pense la Cour de Paris, pour que l'émis-

(1) V. Cass., 2 août 1886 (S., 1887, I, 329) ; Trib. de la Seine, 18 décembre 1885, sous Cass., 9 février 1887, précité.
(2) Cf. Paris, 27 juin 1905 (S., 1907, II, 153).

sion de titres fût *valable* ; la personnalité même de l'association lui permettrait de s'engager vis à vis des personnes auxquelles cette personnalité est opposable et qui peuvent l'invoquer, l'émission de parts n'est pas autre chose que la constatation de cet engagement.

Mais, même si l'on reconnaît, et il faut le reconnaître, que la participation est privée de personnalité dans les rapports entre les participants comme dans les rapports de la société ou des associés avec les tiers, il est incontestable que la division de son capital en actions ou parts bénéficiaires *est valable*.

A) Les souscripteurs deviennent des participants, les participants sont des associés, il n'est pas douteux qu'on puisse délivrer un écrit à chacun d'eux pour constater ses droits, ses obligations, et sa qualité d'associé, il n'y a rien d'illicite dans un tel procédé. L'association en participation est souvent verbale, cet écrit constitue le meilleur moyen de prouver son existence et la situation qui y est faite à son titulaire (1).

D'autre part, les droits de chaque associé peuvent-ils être déclarés *cessibles* ou *négociables* ? Rien ne paraît l'empêcher; sans doute, en principe, l'associé n'a pas le droit de faire entrer un tiers à sa place dans la société contre le gré de celle-ci, c'est une règle posée par l'article 1861 du Code civil et à laquelle le Code de commerce ne permet pas de déroger ; mais la cession des droits sociaux peut être autorisée dans toute espèce d'association (2) ; suivant le même article 1861, il est permis aux associés d'y consentir d'avance en adhérant aux statuts, et la clause de la

(1) La liberté complète laissée par l'article 48 du C. co., permettrait à elle seule ce mode de division du capital des participations.

(2) V. spécialement pour l'association en participation, Rennes, 26 février 1867, sous Cass., 13 juillet 1868 (S., 1868, I, 449. — P., 1868, I. 194).

convention autorisant les associés à céder leurs droits et leurs charges est valable.

Aucun mode de cession n'est d'ordre public; donc la cession peut, suivant la convention, avoir lieu, soit dans les formes civiles, soit par transfert, soit par endossement, soit par tradition manuelle, cela dépend de la forme du titre et aucune forme n'est spéciale à telle société, puisqu'il a été reconnu que la forme au porteur n'est pas restreinte aux titres des sociétés de commerce.

B) Le Tribunal de la Seine a refusé de valider l'émission de parts semblables, en prétendant qu'elles constataient des droits *purement illusoires* : en effet, des titres constituent généralement un droit de créance vis à vis d'un fonds social, or, dans la participation il n'y a pas, il ne saurait y avoir de fonds social, les parts ne pourraient constituer des droits que sur les apports personnels des associés, cela ne peut pas être (1).

La solution du Tribunal n'est pas exacte. Sans doute, dans une participation il n'y a pas de fonds social appartenant à une société personne morale, mais il peut très bien y avoir un fond commun, indivis entre les coassociés ; les participants ont le droit de déclarer que ce fonds sera composé d'une partie ou de tous leurs apports personnels (2). S'il est émis des parts sociales, celles-ci seront la constatation des droits de chaque associé sur les choses communes, on ne saurait plus les annuler sous prétexte que les droits qu'elles constatent sont sans objet.

Au surplus, quand il n'y a pas de fonds commun, les

(1) V. Trib. de commerce de la Seine, 11 décembre 1901 (*R. S.*, 1902, 281 ; *J. S.*, 1902,370).
(2) V. Cassation, 27 juin 1894, précité et la note.

porteurs de titres n'ont toujours droit, comme les participants sans titres, qu'à une action en reddition de comptes (1), c'est à dire au partage des bénéfices, or ce n'est pas sur les apports personnels des associés que porte cette créance de bénéfices.

C) *A l'argument* tiré par la jurisprudence du *défaut de personnalité morale* de la participation, il est également facile de répondre.

Comme dans la première hypothèse, ce n'est pas l'association qui crée des titres, ce sont *diverses personnes* qui entrent en relation les unes avec les autres pour constituer entre elles une société en participation. On peut être tenté de penser que, une fois l'association constituée, les titres sont émis par elle-même ; mais, avant sa constitution, et dans la période où ses fondateurs cherchent à la constituer cette interprétation est inadmissible ».

Dans une société qui a la personnalité morale, ce sont toujours des personnes *physiques*, à savoir les gérants ou les administrateurs qui signent les titres ou qui prennent les engagements, seulement ils engagent la personne morale ; dans la participation ce sont encore les mêmes personnes qui signent les titres, mais cette fois ce sont les associés qu'ils engagent. Conformément aux pouvoirs que lui confèrent les statuts, le gérant peut valablement signer des engagements au nom de ses coassociés, peut signer en particulier les titres qui reconnaissent les droits de chaque associé.

Dans la première hypothèse, la mention concernant la participation faite sur les titres n'est pas nuisible, il en est de même dans le second cas, il n'y a pas nullité

(1) V. Cassation, 7 mai 1902 (S., 1902, I, 504).

quand les titres, au lieu d'être libellés au nom de tous les coassociés, nommément désignés ou connus du gérant seul, sont libellés au nom de l'association. Il n'y a là au fond qu'une question de mots ; d'après le Code lui-même, l'ensemble des associés, c'est la société, bien que la société n'ait pas la personnalité morale.

D) La jurisprudence a encore prétendu que valider une participation ainsi constituée, ce serait aller contre le vœu de la loi, qui a *désigné* les *seules sociétés* capables d'émettre des titres. Cet argument est erroné, tout le monde peut émettre des titres négociables (1), l'action peut être utilisée par toutes les sociétés (2), le gérant de la participation peut donc donner aux titres qu'il émet la forme qui lui convient.

Enfin, le dernier argument de la jurisprudence et celui qui paraît le plus sérieux est *tiré du caractère occulte de la participation*, il se résume à cela : valider une association en participation dont le capital est divisé en parts négociables serait permettre l'existence d'une manière déguisée d'associations ayant la forme des sociétés par actions, mais *échappant aux formalités légales* exigés pour ces dernières ; d'un autre côté, ces formalités sont absolument *incompatibles* avec le *caractère occulte* de la participation, celle-ci ne peut donc émettre des actions. Là encore, la jurisprudence fait erreur.

α. Toute *société commerciale*, en dehors des participations, est *obligée d'observer les formes de la loi* commerciale, notamment les formes de publicité ; s'il n'en est pas ainsi pour les participations, c'est parce qu'elles n'entendent pas exister vis à vis des tiers.

Supposons une participation divisée en parts *inces-*

(1) V. la note de M. Wahl, § 2, nº II (S., 1903, II, 186).
(2) V. Cass., 28 novembre 1873 (S., 1875, I, 281).

sibles, ou *cessibles seulement* avec le consentement de tous les associés, personne ne soutient qu'elle devient une société publique, forcée d'observer les formalités présentées par la loi commerciale ; le contraire serait illogique puisque les tiers ont, vis à vis du gérant ou des associés, la *même* situation que si les parts n'existaient pas.

Lorsque ces parts sont *librement négociables*, la division de l'actif en parts a pour objet, non seulement de constater les droits des associés, mais aussi de faciliter la transmission des parts, cette facilité n'empêche pas la société de rester occulte ; en décidant le contraire, la jurisprudence confond le fait avec le droit. En fait, la forme du titre peut faire connaître la société aux tiers, encore seulement les titres librement transmissibles ne seront connus des tiers *que* s'ils sont *cotés* en bourse ou en banque ; mais en droit ceci importe peu : lorsqu'on dit que la participation est occulte, on ne veut pas dire qu'elle doit *nécessairement* rester *inconnue* des tiers, on veut dire qu'elle n'a pas d'existence vis à vis d'eux, que les participants ne sont pas connus des tiers comme associés, qu'ils ne sont pas engagés envers eux.

Or, le fait que « les droits des associés sont constatés par des titres, et que ces titres sont cessibles et même négociables, fût-ce par tradition manuelle, *ne modifie* aucunement les relations des tiers avec la société ». Si l'on devait décider que la division du capital social en titres négociables a des *effets* quelconques vis à vis des *tiers*, que par exemple, « ils peuvent poursuivre chaque associé suivant la proportion qui lui appartient dans le capital, et suivant cette proportion seulement, et que chaque associé n'est pas tenu au delà des limites de ses apports », il faudrait reconnaître que la participation

cesse d'être occulte et se transforme en société assujettie à la loi de 1867. Mais la Cour de cassation a reconnu que dans les sociétés qui ne sont pas dépendantes de cette loi par elles-mêmes, le fait de l'émission n'a aucun effet vis à vis des tiers, et que les rapports de ces derniers avec les associés demeurent les mêmes que si le capital n'était pas divisé en parts négociables (1).

L'association en participation constituée par émission de parts négociables demeure donc occulte.

β. La jurisprudence s'est surtout *laissée entraîner par des considérations de fait* et d'espèces, elle a pu trouver choquant qu'une société émette des actions sans se conformer aux prescriptions édictées par la loi de 1867, alors que la dissimulation était par trop flagrante ; mais ce sont des raisons de fait et il ne faut pas généraliser des exceptions.

1° En admettant même que ces formalités imposées par la loi de 1867 fussent d'une manière absolue exigées pour toutes les actions, il en résulterait simplement que les sociétés autres que celles visées par cette loi et qui créeraient des actions seraient tenues de *s'y conformer* et non pas qu'il leur *fût interdit* de créer de semblables titres.

Mais cela n'est pas exact, la participation constituée par actions n'est pas soumise à la loi de 1867 : les formalités que cette loi impose ne visent pas les titres en eux-mêmes, mais seulement *deux formes de sociétés*, la société anonyme et la commandite par actions. D'une part, la participation *peut* émettre des actions puisqu'aucun texte ne réserve ces titres aux seules sociétés visées par la loi de 1867 et qu'il est permis à quiconque

(1) V. Cass., 13 juin 1904 (S., 1906, I, 385) et Nancy, 6 avril 1905 (S., 1906, II, 273) et les notes de M. Wahl sous ces arrêts.

de les créer ; d'autre part, elle ne *tombe pas* sous l'application de cette loi, puisque celle-ci ne vise que la société anonyme et la commandite par actions.

La jurisprudence reconnaît d'ailleurs que les sociétés civiles par actions ne sont pas soumises à la loi de 1867 (1), pourquoi en serait-il autrement des participations ?

2° D'ailleurs, quel est le *but* des formalités édictées par cette loi ? Elles ont pour but de sauvegarder les intérêts des tiers, et surtout des *créanciers de la société.* L'obligation du versement du quart, de la souscription intégrale, la défense de convertir les actions au porteur avant la libération intégrale, ne s'expliquent que par l'intérêt des tiers. *Cet intérêt existe* dans les sociétés civiles, mais *il n'existe pas* dans la société en participation qui est dépourvue de la personnalité morale aussi bien au profit des tiers que contre eux, à plus forte raison elle n'est pas soumise à la loi de 1867. « La seule formalité qui s'inspire en partie de l'intérêt des actionnaires eux-mêmes est la vérification des apports et avantages particuliers ; mais, comme elle n'est pas exigée dans la plupart des sociétés, et notamment dans la société en participation, on comprend qu'elle ne le soit *pas davantage* quand la société en participation est divisée en actions. »

En somme, la loi commerciale, à tort ou à raison, ne vise que les sociétés qui veulent exister vis à vis des tiers, elle n'atteint pas la participation qui *veut rester occulte.*

Telle est l'argumentation de M. Wahl (2).

(1) V. en ce sens, la note de M. Labbé (§ 2) sous Cass., 21 février 1883 (S., 1884, I, 361).

(2) V. également, Wahl, *Traité des titres au porteur,* n. 516.

M. de Pelsmæker partage également cette façon de voir pour les mêmes raisons. Selon lui, la clandestinité de la participation consiste principalement en l'interdiction faite aux participants d'agir conjointement ou sous une raison sociale, dès lors la division du capital social en actions ne modifie d'aucune façon le caractère occulte de la participation (1).

Quant à M. Cellerier (2), cité par M. Wahl à l'appui de ses opinions, il est loin de partager tout à fait celles-ci.

Il connait les conséquences désastreuses des sociétés en participation constituées par émission d'actions, le Code de commerce en son article 38 autorise les sociétés en commandite à diviser leur capital en actions, cette latitude n'a pas été heureuse, elle ne devrait donc être admise pour une participation « qu'avec toutes les réserves que dicte l'expérience. » Elle n'est compatible avec l'idée d'association en participation que si elle est appliquée dans l'esprit du législateur « comme un simple « mode de cession des parts de commandite, excluant « toute intention de créer une société anonyme (3) ».

§ III. — *Doctrine contraire*

Contrairement à M. Wahl et à quelques auteurs, la *majorité* de la doctrine s'accorde avec la jurisprudence pour *refuser* à la participation la faculté d'émettre des actions ou des parts bénéficiaires (4).

(1) V. de Pelsmæker, *op. cit.*, 73.
(2) V. Cellerier, *Etude sur les sociétés anonymes*, 1905, nº 268.
(3) V. également dans le sens de M. Wahl, F.-H., Vº Société en part., nºs 114 et s. ; nºs 174 et s.
(4) V. en ce sens : Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial et industriel*, Vº Participation, nº 43 ; Daniel de Folleville, *Traité des titres au porteur*, nº 199 ; Delangle, *Des sociétés*, nº 115 ;

La plupart des auteurs qui adoptent cette solution le font en reproduisant ou à peu près les arguments invoqués par la Cour de Paris lors de ces dernières années (1) : *l'impossibilité* pour la participation de prendre aucun engagement par suite de son défaut de personnalité morale, *la perte* de son caractère occulte résultant pour elle de l'émission de tous titres négociables, *le déguisement* frauduleux de sociétés anonymes ou en commandite par actions qu'elle constitue à peu près toujours lorsqu'elle crée des titres négociables.

D'après M. Houpin (2): « On peut considérer en principe que l'action représente l'intérêt des membres d'une véritable société personnifiée par un être moral, et qu'elle ne saurait exister dans l'association en participation (3). »

On avait objecté à M. Thaller que le parquet ne pouvait poursuivre une société en participation par émission de titre au porteur et qu'il ne lui appartenait pas en l'absence d'un texte spécial, de développer *jure suo* le Code et de former lui-même une jurisprudence pour tracer des limites que n'ont point posées les lois. M. Thaller y répond en montrant le but des participations constituées par émission d'actions, qui n'est autre que celui de frauder les dispositions de la loi de 1867 (4).

D'après cet auteur, quand on veut fonder une société

Rousseau, *Des sociétés*, II, n° 3021 ; Houpin. (*Des sociétés*, I, n° 280 ; *J. S.*, 1900, 401) ; Thaller, (*Traité de droit commercial*, n° 477 ; A. C., 1890, 398 et 1901, 333); Lacour, *Notes sous Paris*, 8 janvier 1900 (D., 1902, II, 105) et Paris, 27 juin 1905 (D., 1908, II, 393).

(1) V. les arrêts précités des 8 janvier 1900 et 27 juin 1905.

(2) Cf. *J. S.*, 1900, 401.

(3) Cf. Houpin, *Des sociétés commerciales*, I, n° 280.

(4) Cf Thaller, *Des emplois abusifs de la forme en participation* (*A. C.*, 1896, 398).

en divisant son capital en parts représentées par des titres négociables, « il faut observer la loi de 1867. Au nombre des conditions prescrites par cette loi figurent notamment l'obligation de faire couvrir tout le capital par des souscriptions et celle de verser au moins le quart de ces souscriptions. La société qui ne se met pas en règle avec ces prescriptions est exposée à une action en nullité; ses fondateurs peuvent en outre être traduits en police correctionnelle pour être condamnés à l'amende; ce qui justifie cette poursuite pénale, ce n'est pas le fait d'avoir émis des titres au porteur, mais de les avoir émis *en dehors* des conditions imparties à une société par actions pour commencer ses opérations (1) ».

La caractéristique de la participation est d'être occulte, sitôt qu'elle devient publique « et se fait connaître extérieurement en montrant aux tiers une pluralité d'intéressés groupés en vue d'un même but, elle perd ses prérogatives, elle *devient une société ordinaire*, soit une société anonyme, dans le cas où les parts sont représentées par des certificats au porteur. Une société anonyme *ne peut*, en changeant de nom, se soustraire au droit qui la concerne (2) ».

On a prétendu qu'il y a pour autoriser les participations à émettre des actions une raison qui n'existe pas pour les sociétés civiles, la participation elle-même *serait inconnue* des tiers qui ne connaîtraient que le gérant, il ne saurait y avoir dans cette société de créanciers sociaux et précisément c'est uniquement en faveur de ceux-ci que sont prises les dispositions de la loi de 1867. A cela, M. Arthuys répond en démontrant que cette

(1) V. Trib. co. de la Seine, 11 décembre 1901, précité.
(2) Cf. Thaller, *Emission des titres au porteur par les associations en participation, A. C.*, 1901, 333.

dernière affirmation n'est pas exacte et que les précautions sont prises par cette loi autant en faveur des souscripteurs que des créanciers (1).

Selon cet auteur, cependant, si les associés en participation constataient par un titre les droits que la société donne à chacun d'eux, tout en laissant à la part sociale le caractère d'un intérêt, il ne semble pas que cette circonstance tout à fait insignifiante soit de nature à modifier les caractères de la participation (2).

Quant à M. Lacour, s'il aboutit à la même conclusion que la jurisprudence, il le fait par des voies tout à fait différentes.

Il ne se place plus comme M. Wahl dans deux hypothèses, mais il raisonne sur le seul point de savoir si l'action et la part bénéficiaire sont *compatibles avec la participation*, que ce soit *après* sa constitution ou *au moment* de sa formation. On peut distinguer trois parties dans son raisonnement : dans une première, il réfute la théorie de la jurisprudence basée sur le *défaut de personnalité* de la participation et le système fourni par M. Wahl pour *interpréter* les émissions ; après avoir montré les dangers de la constitution d'une société par actions, dans une seconde partie, il *analyse* les participations qui font l'objet de la discussion, et, dans une troisième, il recherche *la nature* et le sort de *l'opération* par laquelle la participation crée des titres (3).

(1) Arthuys, *op. cit.*, I, n° 306.
(2) Cf. Lecouturier, *Revue critique des sociétés civiles et commerciales*, 1902, 305 ; Paris, 24 décembre 1898 (*J. S.*, 1899, 363).
(3) V. les notes de M. Lacour, précitées.

I

A) Le raisonnement de la jurisprudence est fort simple : une participation n'a pas de personnalité juridique, elle ne peut agir ni contracter, donc la création de titres faite en son nom est nulle.

Sans doute, la société *elle-même* ne peut-être traitée comme créancière ou débitrice lors du contrat intervenu, mais il s'est formé un *lien de droit* valable entre le *vendeur* et l'*acquéreur* des titres : dans toute société, les associés peuvent toujours s'agréger un nouvel associé en lui consentant une cession partielle de leurs droits dans la société ; c'est ce qui a lieu dans la participation quand ses fondateurs ou ses gérants mettent en vente des titres qui ne sont que la constatation de cette cession, ils ne sont que des associés ou que les mandataires d'associés qui veulent s'en adjoindre d'autres.

La validité de l'opération qui résulte *a contrario* de l'article 1861 du Code civil est certainement indépendante de l'existence d'une personnalité sociale (1).

Il *importe peu* que l'acheteur ait traité avec la société *elle-même* ou avec le *gérant*, il n'en a pas moins atteint le but qu'il se proposait, c'est à dire *acquis un droit* sur les bénéfices de l'entreprise. Il est donc impossible « de concevoir comment, de cette prémisse incontestable : absence de personnalité sociale, les juges ont pu déduire cette conclusion imprévue : nullité de la vente d'un droit dans les bénéfices de la société.

(1) La validité de cette opération n'a du reste jamais été constatée pour les sociétés civiles même avant qu'on leur eût accordé la personnalité civile.

On pouvait opposer ce raisonnement à la jurisprudence si elle se basait uniquement sur l'absence de personnalité de la participation. C'est un peu ce qu'a fait M. Wahl quand il est venu dire : le fait matériel de l'émission n'implique pas forcément une personnalité juridique chez la participation, ce fait n'a aucun caractère juridique, ce sont toujours des personnes physiques qui le réalisent, « par l'émission, le gérant entre en relation avec des tiers auxquels il remet les titres et qui immédiatement deviennent ses coassociés ».

Si les déductions de la jurisprudence ne sont pas amenées d'une façon logique, il est facile d'arriver au même résultat qu'elle, par une autre voie, en montrant l'erreur du précédent raisonnement.

B) Qu'importe que les titres d'actions soient remis aux souscripteurs par des personnes physiques, gérants ou fondateurs ? Ce n'est pas une raison pour envisager l'émission comme un fait *purement matériel* elle constitue, au contraire, un *acte juridique* parce que c'est l'exécution du contrat intervenu entre les souscripteurs et la société en voie de constitution. Sans doute, la société ne peut rien faire par elle-même ; néanmoins, elle doit être considérée comme *partie* au contrat de souscription, du moment que le contrat a été passé en son nom, par ceux qui sont chargés de la constituer. M. Wahl pense que, si la participation elle-même ne peut pas émettre des titres, rien ne s'oppose à ce que le gérant fasse l'émission en son nom personnel, et, d'une façon très subtile, il propose d'interpréter toute émission comme faite de cette façon, malgré la mention que porteraient les titres de l'existence de la participation. Mais il est impossible d'assimiler ainsi le cas où les titres sont émis par le gérant en son nom personnel

et celui où *d'après leur teneur même* ils sont émis au nom de la société. Le premier procédé échappe à la critique, les porteurs étant alors prévenus qu'ils n'auront d'autre garantie que la fortune personnelle du gérant. Il en est autrement du second qui tend à *répandre une erreur* dans le public en faisant croire que les porteurs *auront pour gage le capital* de la société, *capital qui n'existe pas.*

En réalité, il y a là un contrat de souscription auquel est partie la participation. « Or un pareil contrat est interdit aux participations. « Incontestablement, il est « permis à toute société de se constituer, mais encore « faut-il qu'elle observe, en se constituant, les règles qui « lui sont imposées par la loi et qui dépendent de l'espèce « à laquelle elle appartient. La constitution par actions « est incompatible avec la nature juridique de la partici- « pation. »

En effet, l'action n'est autre chose qu'une fraction du capital social (1), or une participation n'a pas de capital ; alors même que les participants forment avec leurs apports un fonds indivis, ce fonds ne se *détache pas* de leurs fortunes personnelles, ce n'est pas un fonds social.

Le silence gardé sur ce point par la loi ne saurait être interprété comme une *autorisation tacite*, sinon on devrait également reconnaître aux sociétés en nom collectif, ce qui leur est généralement refusé (2), la faculté de se constituer par actions.

(1) Art. 34, C. co. : « Le capital social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale ».

(2) Cf. Houpin, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, I, n° 279 ; Lacour, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1885, 459.

II

En réalité, *ce mode de constitution* présente des dangers et pour les tiers, et pour les actionnaires eux-mêmes, aussi le législateur ne l'a-t-il autorisé *que* pour deux espèces de sociétés : la commandite et l'anonymat, mais sous condition d'observer une réglementation étroite et minutieuse. A défaut de cette réglementation, qu'il est impossible d'étendre aux participations, tous les abus qu'on a voulu empêcher réapparaîtraient grâce à l'emploi de ce dernier type de société.

A) D'ailleurs, il n'est point besoin de tant discuter, les participations par actions *ne sont au fond* que des *commandites* par actions ou même des *sociétés anonymes* qui veulent, sous une fausse qualification, échapper à leur réglementation normale. Quand il s'agit de décider à quel type juridique appartient une société, les juges ne sont nullement obligés de s'en rapporter à la qualification adoptée librement par les parties, ils doivent contrôler l'exactitude de cette qualification d'après les caractères distinctifs que la loi attache à chacun de ces types.

Ainsi, la participation ayant pour caractère essentiel d'être occulte, une société qui fait connaître son existence au public ne peut, en dépit de la volonté des associés et des termes de l'acte constitutif dressé par eux, être considérée comme une participation. Or, dans les participations par actions, les titres sont créés *au nom d'une société* ; ces titres, la plupart du temps au porteur, sont destinés à *circuler* et peuvent-être chaque jour l'objet d'offres et de demandes sur le marché financier, ces sociétés font bien par là même connaître leur existence à tout le monde et renoncent nécessairement à leur

caractère occulte. Ces sociétés ne sont autres que des commandites : leurs fondateurs manquant des fonds nécessaires pour l'exploitation projetée s'adressent à des tiers qui les leur fournissent moyennant un droit sur les bénéfices éventuels de cette exploitation ; ces tiers n'engagent pas leur responsabilité au delà du prix convenu, d'autre part ils ne peuvent s'immiscer dans la gestion, leur situation est bien celle de *commanditaires*.

B) D'autres fois, ce sont les titres qu'on veut déguiser sous une fausse étiquette, on les dénomme part bénéficiaires. Ces dernières, ne font qu'un avec les parts de fondateurs, elles se séparent des actions à trois points de vue : le plus habituellement elles sont créées pour rémunérer certains services rendus à une société lors de sa constitution, leurs porteurs n'ont pas de droits à exercer sur le capital social à la formation duquel ils n'ont pas contribué, ils ne sont pas appelés à prendre part de quelque façon que ce soit à la direction de l'entreprise.

Or, il suffit d'examiner les titres émis par les participations soumises aux tribunaux pour constater qu'ils ont tous des caractères *contraires* ; ils ni sont ni plus ni moins que *des actions*, dès lors il ne s'agit plus d'une participation, mais d'une *commandite par actions* ou d'une société anonyme frauduleuse.

En conséquence, quelle est la sanction judiciaire qui doit intervenir ?

Sans aucun doute, selon l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867, la société doit être *annulée*.

III

D'autre part, qu'*adviendra-t-il* du contrat passé entre le gérant ou les fondateurs et les acquéreurs des titres quel *est-il*, et *est-il valable?*

Il peut constituer une négociation d'actions d'une société irrégulièrement constituée, réprimée par l'article 14 de la loi de 1867 et punie d'une amende de 500 à 10.000 francs ; en ce cas, on peut soutenir qu'il est valable, mais la majorité des auteurs se prononce pour la nullité (1).

Le contrat peut être considéré comme une *émission d'actions* d'une société constituée *contrairement* aux articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867, que l'article 13 de la même loi punit également d'une amende de 500 à 10.000 francs.

Les tribunaux appellent ce contrat tantôt une *cession*, tantôt *une vente*, ces expressions ne sont pas exactes. Si l'on observe que : les titres sont créés au nom de la société pour être remis aux acquéreurs en échange d'un certain versement, que personne n'en avait la propriété avant eux, il paraît certain que le contrat est non une vente mais une *souscription d'actions*. L'observation n'est pas dépourvue d'intérêt, sans doute au point de vue pénal les sanctions seront les mêmes ; mais au point de vue civil, si on peut soutenir que la vente

(1) V. Lyon, 22 janv. 1884 (D., 85, II, 153) ; Cass. Civ., 3 juin et 29 juin 1885 (D., 86. I, 25). Pour la validité, v. Lyon-Caen, note sous Lyon, 22 janv. 1884 (S., 84, II, 49), et *Traité de droit commercial*, II, n° 731. Pour la nullité, v. Besslay et Lauras, *Commentaire du Code de commerce*, V, n° 1235 et s. ; Vavasseur, *Traité des sociétés*, 5e éd., I, n° 477 ; Thaller, *Revue critique de législation*, 1883, 321.

d'actions d'une société irrégulièrement constituée est valable, il n'en est pas de même de l'émission d'actions d'une telle société, le contrat de souscription doit donc être déclaré nul aux termes de l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867. On a parfois objecté ce qui est admis pour les sociétés civiles, mais contrairement à ce que pensent certains, la jurisprudence les concernant est en parfaite concordance avec celle concernant la participation.

« Lorsque l'organisation statutaire d'une société à objet civil présente les caractères essentiels qui distinguent soit la commandite par actions, soit la société anonyme (1), c'est en vain que ses fondateurs la qualifieraient de société civile et chercheraient par des habiletés de rédaction à la soustraire aux dispositions de la loi de 1867. » C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (2).

En somme, la jurisprudence a « parfaitement raison de réprimer fermement les agissements *frauduleux* que dissimulent les participations. « Peut-être finira-t-elle « par décourager certains praticiens trop enclins à « seconder par l'ingéniosité qu'ils déploient dans la « rédaction des actes de sociétés, les desseins malhonnêtes « des flibustiers de la finance ».

§ IV. — *Conçlusion personnelle*

Pour notre compte personnel, nous pensons qu'en droit, et surtout en matière commerciale, lorsqu'il s'agit

(1) Quant à la détermination de ces caractères, v. les notes de M. Percerou (D., 1904, II, 24) et de M. G. Le Poittevin (D., 1906, I, 129).

(2) Cf. Cass., ch. crim., 14 janv. 1905 (D., 1906, I, 129) et Cass., ch. civ., 7 janv. 1908 (D., 1908, I, 126).

d'un problème intéressant à un haut degré la pratique, comme celui des émissions de titres dans la participation, sans se contenter de raisonnements spéculatifs, il ne faut pas hésiter à user de la méthode expérimentale.

Selon nous, le grand tort de M. Wahl et de ceux qui pensent comme lui est de n'avoir usé que d'une méthode purement synthétique; leurs déductions paraissent constituer un ensemble logique, mais ils ont oublié avant de poser les principes d'où ils les font découler d'étudier les faits soumis à leur appréciation, ils devaient de la sorte aboutir à une fausse conclusion.

Tel n'est pas le cas de la jurisprudence ni celui d'autres auteurs tels que MM. Thaller et Lacour.

Si la première semble être guidée par un principe primordial, elle a été au fonds très influencée par l'analyse des espèces qui lui ont été soumises. Sans doute, elle parle de personnalité morale, mais en réalité ce n'est pas la principale considération qui la dirige, l'examen minutieux des sociétés litigieuses auquel elle s'est livré l'a vivement impressionnée, elle y a découvert de véritables fraudes, c'est là surtout ce qui a motivé ses sentences.

Il en est de même des auteurs que nous signalions en dernier lieu, c'est seulement après une analyse approfondie qu'ils se sont prononcés.

Nous avons encore poussé plus loin les conséquences de leur méthode. Nous avions à juger un procédé employé fréquemment par des hommes d'affaires pour la constitution d'une société en participation, nous avons fait une enquête auprès de quelques-uns d'entre eux pour savoir exactement à quoi nous en tenir sur une telle façon d'agir.

Nous avons eu la bonne fortune de rencontrer des gens consciencieux, et *tous* furent d'accord pour condamner irrémissiblement la création d'actions ou de tous autres titres négociables dans une participation. Il est inutile de revenir longuement sur les explications que nous avons données précédemment (1), mais d'après les hommes de pratique, on peut conclure qu'en réalité il *n'existe même pas* de participations constituées par actions ; ces sociétés prétendues telles ne sont que des *commandites par actions* ou des *sociétés anonymes*, déguisées sous une fausse dénomination pour tourner la loi de 1867. Ces prétendues participations possèdent tous les rouages des sociétés que vise cette loi, elles comprennent des assemblées générales de porteurs de parts qui ne sont autres que des actionnaires, elles ont un comité de surveillance, il doit être fait un inventaire annuel de leurs biens, aucune différence ne les sépare des sociétés ordinaires par actions que l'appellation fantaisiste dont on veut bien les gratifier.

Rappelons aussi que le *véritable rôle* de la participation est d'être *momentanée*, presque chaque fois qu'elle est faite pour une durée indéterminée, on se sert de son caractère occulte d'une façon illégale et comme d'un moyen facile de fraude, c'est bien le cas des participations par actions.

On ne saurait davantage s'arrêter à la qualification de parts bénéficiaires donnée par les fondateurs aux titres qu'ils créent, elles ne sont en réalité que *des actions*.

En somme, il n'y a pas dans la pratique de participations par actions, toutes les sociétés qui se présentent

(1) V. *infra* la section VI de notre deuxième partie.

sous ce nom doivent être suspectées, elles ne sont en réalité que des escroqueries, toujours au préjudice du fisc et bien souvent des tiers (1).

Dès lors, toute discussion juridique à ce propos peut sembler inutile et fastidieuse, les tribunaux connaissent les caractères distinctifs de la participation, ils connaissent également ceux de l'anonymat et de la commandite par actions; ils n'auront qu'à rechercher quels sont ceux que présente chaque société litigieuse et si notamment dans chaque participation par actions on ne trouve pas plutôt ceux-ci que ceux là.

Cette conclusion devait-elle nous suffire ?

Certainement non, il fallait trouver un *principe* qui empêchât précisément les tribunaux de se livrer à cet examen chaque fois qu'ils se trouveraient en présence d'une participation divisée par actions.

Notre enquête ne pouvait nous le fournir à elle seule. Elle n'était pas inutile puisqu'elle nous révélait que dans la pratique, toutes les participations par actions constituent une fraude ; elle n'était pas suffisante, car enfin on n'en pouvait déduire d'une façon formelle en théorie, qu'une telle société ne pouvait pas ne pas être frauduleuse, ni que l'action était interdite à la participation pour son compte personnel.

Il y avait bien des chances cependant pour que la conclusion de notre enquête, à savoir l'incompatibilité dans la pratique de l'action et de la participation, ne fût que la conséquence logique d'un tel principe, quel était-il ? La même méthode d'investigation qui nous dirigea dans notre enquête devait nous le dire, l'ana-

(1) V. l'art. de Milles déjà cité dans sa *Grammaire de la Bourse.*

lyse de la nature de la participation et de celle des titres négociables devait nous le fournir.

I

Avant de se livrer à cet examen, il n'est pas inutile de faire remarquer les points faibles des raisonnements que tenaient et la jurisprudence, et M. Wahl.

A

Il restait à la *jurisprudence* après l'analyse qu'elle avait faite des espèces soumises à son appréciation, à chercher ce même principe dont nous parlions tout à l'heure qui fît cadrer le droit avec la réalité des faits, elle a cru trouver celui-ci dans la personnalité morale, nous ne saurions approuver cette façon de voir.

Il y avait sans doute là un moyen bien commode pour mettre fin aux agissements équivoques de certains spéculateurs, nous ne l'admettons pas parce qu'en lui-même il constitue un principe faux et parce que, serait-il vrai, les conclusions que la jurisprudence en a tirées ne sont pas exactes.

Nous rejetons la fiction de personnalité civile, en droit spéculatif l'argument qu'on en prétend tirer se réduit à néant. Avec notre théorie qui la remplace, la participation est mise sur un pied *d'égalité* par rapport aux autres sociétés, elle comprend comme elles un patrimoine affecté spécialement à une entreprise, peu importe que les bailleurs en soient occultes ou non ; elle a comme elles un ou plusieurs individus qui gèrent ce capital, ils peuvent faire des actes déterminés, si l'on reconnaît que certains

peuvent émettre des actions, pourquoi en bonne logique refuser cette possibilité aux autres ?

Tenons même pour vraie la fiction de personnalité. La jurisprudence raisonne uniquement sur une question de capacité : l'émission d'action constitue un contrat, dit-elle, or la participation ne peut pas contracter puisqu'elle n'est pas une personne morale. Comment expliquer alors qu'on lui permette *d'autres* contrats, car enfin on lui en permet, et il le faut bien ; puisqu'on l'autorise à fonctionner, il faut bien lui permettre d'agir, pourquoi autoriser d'elle certains agissements et pas d'autres ?

Parce que, habituellement, c'est le gérant qui agit et non la société, dira-t-on. Distinguons et prenons d'abord le cas où l'émission intervient *après* la constitution, qui est-ce qui la fait si ce n'est le gérant? Dans ce cas comme dans les autres, c'est lui qui contracte, d'ailleurs il ne saurait en être autrement, on ne voit pas trop une *société* signer un acte; dès lors, on reconnaît bien le gérant *capable* de faire des *achats*, des *ventes*, pourquoi lui interdire de faire une émission d'actions ? On a répondu que c'était parce qu'il engageait ainsi ses coassociés ; c'est certain, mais alors ce n'est plus une question de capacité qui est en jeu, et les autres actes du gérant n'entraînent-ils pas également la même conséquence pour ses participants ?

Prenons maintenant le cas où l'émission est faite *pour la constitution même* de la société, on ne peut parler de personnalité de la société puisqu'elle n'existe pas encore, ce sont ses fondateurs qui émettent les actions, ils ne font ainsi que créer la société ; si on ne les reconnaît pas capables de le faire de cette façon, pourquoi les autoriser dans les autres cas ? De l'une ou de l'autre manière ils

effectuent le *même* acte : *la création* de la société.

D'autre part, s'il est reconnu qu'un simple particulier peut émettre des actions pour son compte personnel, le raisonnement de la jurisprudence est également faux. On prétend que le gérant d'une participation ne peut contracter aucun engagement concernant la société avec les *tiers*, mais vis à vis de ces derniers il n'est qu'un simple *particulier*, sinon le caractère occulte de la participation est illusoire, qu'est-ce qui l'empêchera d'émettre des actions ? Absolument rien, la personnalité morale dont se sert la jurisprudence ne résout donc *pas* le problème.

B

M. Wahl est-il plus heureux que la jurisprudence dans les résultats de son argumentation ?

α) Il avait tout d'abord à répondre à l'ojection de la jurisprudence basée sur la *personnalité morale*.

Il le fait d'une façon très subtile : toute émission dans la participation doit être interprétée comme faite par le gérant en son nom personnel, c'est un simple particulier qui agit, il n'a pas besoin de la personnalité morale, si les titres font mention de l'existence de la société, cela n'a pas d'importance, les tiers n'ont pas à s'en préoccuper, c'est « un simple hommage aux faits ».

Or, de deux choses l'une, ou les titres émis contiennent cette mention, ou ils n'en sont pas revêtus.

Les titres ne contiennent *aucune mention* et sont signés du gérant seul. Supposons que l'émission intervienne après la formation de la société : les souscripteurs ne connaissent qu'un simple particulier, le gérant, ils ignorent les premiers participants et leur situation vis à

vis de ce dernier, de telle sorte qu'on arrive à ce résultat : la création de deux participations dont l'une ne connaît pas l'autre ; les premiers participants constituent une société, les nouveaux souscripteurs une seconde, celle-ci ne connaît pas celle là et subit néanmoins les conséquences des ordres que celle-là donne au gérant, l'une d'elles est régie par l'autre sans s'en douter et toutes deux sont affectées à l'exploitation d'une même entreprise ; il y a là vraiment une situation dont l'étrangeté rivalise seule avec l'illogisme.

Les titres *mentionnent* la société, c'est ce qui a lieu dans la réalité (1), sinon quelles garanties posséderaient les associés contre le gérant qui pourrait trafiquer les valeurs à son aise ? Mais si les actions mentionnent *la société*, pour l'exploitation de laquelle elles sont créées, comment faire croire aux tiers que l'émission est faite pour le compte d'un simple *particulier* ? Du moment que le contraire est indiqué sur les titres, il faudrait vraiment beaucoup de bonne volonté pour adopter le système d'interprétation proposé par M. Wahl.

La jurisprudence regardait l'émission comme un acte non valable au regard des *tiers* quand il était fait par la participation ; or, pense cette auteur, cet acte concerne les *souscripteurs*, ils ne peuvent être considérés comme des tiers, puisqu'ils deviennent des *associés*. L'erreur de ce raisonnement est par trop évidente, avant d'être souscripteurs, les acquéreurs sont-ils autre chose que des tiers ? Certainement non.

M. Wahl ne voit dans la création des titres par le gérant d'une participation qu'un fait purement matériel,

(1) C'est la forme sous laquelle est émise la part que nous avons publiée dans la section VI de notre deuxième partie.

elle constitue cependant un fait juridique : *le contrat d'émission d'actions* ; la participation *ne peut* y être partie à cause de la nature *spéciale* des actions (1).

β) A côté de la partie négative de son argumentation où il critique la jurisprudence se place la partie *constructrice* de son système.

Elle dérive d'une méthode directement opposée à la nôtre : de la méthode déductive. Nous remontions des conséquences aux principes, M. Wahl part des principes pour rechercher la conséquence, un tel procédé ne pouvait manquer de l'induire en erreur.

Dans la participation comme dans toute société, l'associé a des droits, un titre peut constater ces droits, l'associé peut céder ces derniers, il peut donc céder le titre qui en est la représentation de quelque façon que ce soit ; or les droits des participants peuvent être constatés par une action, la participation peut donc créer des actions.

Tel est le raisonnement de M. Wahl ; il ne fait en somme qu'une *assimilation* de la participation aux autres sociétés, mais il n'a pas poussé l'assimilation jusqu'au bout. Puisqu'il plaçait la participation sur le même pied que les autres sociétés par actions, il devait la faire régir par la même loi, celle de 1867 ; à cela cet auteur objecte que la participation n'intéresse pas les tiers et que les mesures prises par cette loi ne concernent que ces derniers.

D'autre part, ses déductions dont l'ensemble est d'une grande apparence logique l'amènent à conclure que la participation est libre de créer des actions ; quand il s'agit de savoir si cette liberté n'est pas *contraire* à la

(1) V. la note de M. Lacour précitée.

nature intime de la participation, il prétend que non et que le caractère occulte de cette dernière n'en souffre pas.

Nous ne retenons que deux allégations dans cette facon de penser, d'une part : la loi de 1867 n'intéresse que les *tiers* qui ne sont pas mis en jeu par la participation; d'autre part : le fait par cette société de créer des titres n'atteint pas son caractère occulte. Ce sont précisément les deux seuls points qu'il s'agissait de démontrer, M. Wahl eût bien mieux fait de commencer par là, ses affirmations semblent la conclusion logique de ses raisonnements, il nous sera facile de montrer qu'elles sont fausses en prenant nous-mêmes la position que nous croyons seule exacte dans la discussion de ce problème.

II

De quoi s'agit-il? De *titres négociables* et de la *participation*.

A

De *quels* titres est-il question ? Nous ne ferons pas de nombreuses classifications en distinguant les simples parts d'intérêts cessibles ou non, les obligations, les actions, les parts de bénéficiaires, les parts de fondateurs; nous ne distinguons que deux sortes de titres, ceux qui sont *négociables*, compris sous le non générique d'actions, et ceux qui ne le sont *pas*, nous n'avons à nous occuper que des premiers.

Leur *nature* est-elle *compatible* avec celle de la participation? C'est uniquement ce qu'il s'agit de savoir.

Or, on peut affirmer sans aucune hésitation que

non ; en premier lieu, de par leur *nature même*, ils sont contraires au caractère occulte de la participation, ensuite, ils sont soumis à une *publicité contraire* à la clandestinité de cette société.

α) Tout d'abord on a commencé par soutenir que l'action *en elle-même*, de par sa seule forme, ne révèle pas forcément l'existence de la société, qu'elle ne la divulgue d'aucune façon. Il ne pourrait en être ainsi que si le titre est émis au seul nom du gérant ; or, nous savons à quels résultats contradictoires on aboutit de la sorte et en outre la question n'est pas tranchée pour la participation mais pour un simple particulier, le problème reste toujours sans solution.

En réalité, les titres font *toujours mention* de la société pour laquelle ils sont créés. On a alors soutenu que la participation restait toujours occulte, parce qu'occulte ne veut pas dire secret.

β) Qu'est-ce donc au juste que le caractère occulte de cette dernière ? On veut tout simplement dire par là que les tiers qui traitent avec le gérant doivent ignorer *l'existence* des participants, ceux-ci doivent rester cachés, le gérant ne doit apparaître aux yeux des tiers que comme un simple *particulier* ; or, que révèle la mention de la société ? Elle indique tout simplement aux tiers, que l'individu avec lequel ils traitent n'est *que* le *gérant d'une société*, qu'il y a derrière lui *d'autres* individus : les participants. Dès lors pourquoi faire une différence entre occulte et secret ? Non seulement la société n'est plus *secrète*, elle n'est même plus *occulte* puisqu'elle est *connue* : puisque les titres sont négociables, ils font l'objet d'offres et de demandes, ils sont livrés à la même *publicité* que les actions d'une société anonyme ou d'une commandite, dès lors, la participation doit être mise *exactement sur le même pied*

que la commandite par actions et que la société anonyme, aucune différence ne la sépare plus de celles-ci, elle doit être considérée *comme une société publique* au *même* titre que ces dernières. On ne saurait affirmer le contraire en prétendant que la participation constituée par actions reste quand même occulte parce que le fait de l'action ne révèle pas aux tiers les *noms* des participants ; non, car alors il faudrait également attribuer le caractère occulte aux sociétés anonymes et aux commandites par actions dont les titres ne révèlent pas davantage les *noms* des associés ; or, personne ne peut songer à refuser le caractère de société *publique* à ces deux sociétés.

En réalité, dès qu'elle comporte des titres négociables, la participation perd sa véritable raison d'être qui est d'être la forme clandestine de certaines sociétés, dès qu'elle en prend la forme publique, elle *cesse* d'être une participation.

γ) On a essayé encore d'un autre argument : pourquoi *assimiler* alors la participation aux *autres* sociétés publiques ? en admettant même qu'elle soit connue, sa situation n'en reste pas moins la *même* vis à vis des tiers.

On ne saurait souscrire à semblable argumentation, nous prétendons que le seul fait de l'émission change tout à fait la situation de la société vis à vis des tiers. Avant elle ou en son absence les tiers qui traitent avec le gérant ne sont amenés à compter que sur son seul patrimoine personnel ; lorsqu'il y a émission de titres négociables, les tiers savent qu'ils ont à faire à une société, quand ils traiteront, ils le feront en comptant sur l'existence d'un patrimoine social ; or, dans la participation, celui-ci n'existe pas, tout au moins en est-il ainsi en droit

positif actuel ; s'il y a même un fonds commun, il sera toujours composé d'apports qui demeurent la propriété personnelle des participants.

L'émission *intéresse* donc les tiers; bien plus, elle constitue une manœuvre frauduleuse à leur égard comme vis à vis des porteurs de titres, en amenant les uns et les autres à croire qu'ils auront pour gage le capital de la société, capital qui n'existe pas.

Si, d'autre part, nous développions les conséquences de notre théorie du patrimoine d'affectation nous dirions : la situation de la participation vis à vis des tiers n'est plus la même parce que l'émission rend *publique* l'affectation du patrimoine, elle doit donc être placée sur le même pied que la commandite par actions et cesse par conséquent d'être une participation.

En outre, les titres négociables sont par *eux-mêmes* soumis à une publicité tout à fait contraire à la participation. C'est la question de savoir quel est le but de la loi de 1867.

B

On a tout d'abord prétendu que cette loi n'intéressait que les *tiers*, et que la participation ne mettait pas les intérêts de ceux-ci en jeu.

α) Il n'y a là que deux fausses affirmations : nous savons que les intérêts des tiers *sont* mis en jeu par la participation ; d'autre part, les mesures édictées par la loi de 1867 sont prises *autant* en faveur des *associés* que des *tiers* (1) ; la vérification des apports, le versement du quart sont des mesures prises autant dans l'intérêt des action-

(1) V. Arthuys, *op. cit., loc. cit.*

naires que des créanciers sociaux. D'autre part, M. Wahl a prétendu que la loi de 1867 ne visait pas les *titres* eux-mêmes, mais *deux sociétés*, l'anonymat et la commandite, il n'y a encore là qu'une erreur.

Si la loi de 1867 prend des précautions en faveur des *tiers* et des *actionnaires*, ce n'est pas parce qu'elle considère ces deux sociétés comme dangereuses, mais parce qu'elle considère les *actions elles-mêmes* comme susceptibles d'être une source d'inconvénients pour les souscripteurs et les créanciers sociaux. La loi commerciale connaissait les dangers d'un tel mode de constitution (1), l'émission d'actions est un procédé très facile d'attirer les capitaux, il fallait le réglementer, la loi ne l'a autorisé que sous réserve d'une réglementation très minutieuse ; ainsi, si la participation veut se constituer par actions, elle devra suivre les mêmes règles que la société en commandite par actions, mais alors elle cessera d'être occulte, c'est pourquoi elle ne peut créer des actions.

Nous disons qu'elle ne peut le faire qu'il s'agisse de *n'importe* quels titres, pourvu qu'ils soient *négociables* parce que ceux-ci sont assujettis de par leur seule nature et indépendamment de la forme de la société qui les a créés, à des mesures de publicité directement contradictoires avec le caractère occulte de la participation ; en admettant même qu'elle le pût pour d'autres raisons, elle ne le pourrait plus pour cette dernière parce que se soumettre à la loi de 1867 serait pour elle se *transformer en une société publique*, commandite ou anonyme, elle ne peut créer des actions en conservant sa forme spéciale.

β) Si d'ailleurs des doutes subsistaient à cet égard, ils

(1) V. les notes précitées de M. Lacour.

devraient disparaître depuis la récente loi du 30 janvier 1907.

« L'émission, dit son article 3, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France d'actions, d'obligations ou de titres, *de quelque nature qu'ils soient*, des sociétés françaises ou étrangères, seront en ce qui concerne ceux de ces titres offerts au public à partir du 1er mars 1907, assujetties aux formalités ci-après.

Préalablement, à toute mesure de publicité, les émetteurs, les exposants, metteurs en vente et introducteurs devront faire insérer dans un bulletin annexé au *Journal officiel*:

1° La dénomination de la société ou la raison sociale ;

2° L'indication de la législation française ou étrangère régissant la société ;

3° Le siège social ;

4° L'objet de l'entreprise ;

5° La durée de la société ;

6° Le montant du capital social, le taux de chaque catégorie d'action et le capital non libéré ;

7° Le dernier bilan, etc... »

Le premier paragraphe de l'article 3 de cette loi est si général qu'il ne permet pas le moindre doute, *tous les titres*, de *quelque nature* qu'ils soient, doivent être assujettis à certaines formalités de publicité.

Les gens peu scrupuleux, désireux d'éviter les obligations qui sont imposées par les lois du 24 juillet 1867 et du 1er août 1893 et qui, au lieu de constituer une société anonyme, constituent une participation avec des parts qui portent tantôt un nom, tantôt un autre, généralement celui de parts bénéficiaires ou d'intérêts, parts au porteur et négociables ne peuvent pas échapper à la loi de 1907.

Si ces fondateurs veulent *émettre*, *introduire*, *exposer* ou *mettre* en *vente* des parts d'intérêt, il leur est impossible de se soustraire à l'accomplissement des formalités prévues par la loi du 30 janvier 1907 (1) et s'ils s'y conforment, la participation devient une société publique.

On a objecté, en ce qui concerne la qualification de titres appliquée aux parts d'intérêt, l'opinion du ministre des finances qui, le 28 janvier 1907, prétendait que la part d'intérêt n'est pas un titre.

Mais, indépendamment de ce qu'on ne voit pas pourquoi l'opinion de M. le Ministre des Finances ferait article de foi, si la part d'intérêt n'est pas négociable habituellement, elle constitue quand même un titre; à plus forte raison en est-il ainsi quand les statuts d'une société, comme cela se passe pour la participation, la déclarent négociable.

Telles sont les différentes raisons pour lesquelles nous refusons à la participation toute possibilité de créer des actions, nous nous trouvons donc ainsi parfaitement d'accord avec les résultats de notre enquête.

A ceux qui nous taxeraient de vouloir assigner à la participation une forme surannée, des règles trop rigoureuses et peu en harmonie avec notre droit moderne, nous répondrons que sous prétexte de sacrifier à certaines « manies » exagérées d'évolution juridique, ce serait faire un singulier progrès que de consacrer législativement la pratique en faisant de la participation un instrument légal de fraude (2).

(1) V. Pottier, *Etude sur les sociétés anonymes.*

(2) Quant au sort de l'émission au point de vue des sanctions civiles et pénales, nous souscrivons entièrement aux raisonnements de M. Lacour, v. *supra*, p. 240.

CHAPITRE II

PREUVE DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Sur ce point spécial, depuis les ouvrages de MM. Poulle, Fuzier-Hermann, de Pelsmæker (1), aucune question nouvelle ne s'est présentée devant la jurisprudence, les solutions admises en la matière sont toujours les mêmes et procèdent toujours des mêmes principes généraux.

La plus grande liberté est laissée aux parties pour la constitution d'une association en participation ; par voie de conséquence directe, on ne peut faire autrement que leur accorder la plus grande facilité pour en faire la preuve.

Ainsi, aux termes de l'article 49 du Code de commerce, « les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise ».

Si le législateur, évidemment, a établi pour la participation une preuve en rapport avec sa constitution et sa nature spéciale, d'un autre côté, il n'en a pas moins fait que reproduire simplement la doctrine géné-

(1) G. Poulle, *op. cit.*, 63 à 79 ; Fuzier-Hermann, *op. cit., loc. cit.*, nos 179 à 205 ; de Pelsmæker, *op. cit.*, nos 42 à 51.

rale de l'article 109 du Code de commerce en matière de contrats commerciaux : il permet aux parties d'établir la vérité des faits qu'elles allèguent par *tous* les moyens et notamment par témoins, ou tout au moins il accorde au juge le pouvoir d'admettre ce dernier mode de preuve dans tous les cas possibles (1).

Il est facile de s'apercevoir de la grande latitude qu'ont les tribunaux en matière de preuve à propos de la participation.

D'après une décision de Bordeaux (2), « les associations en participation prévues et autorisées par les articles 47 et suivants du Code de commerce n'étant soumises pour leur constitution à aucune formalité spéciale, leur existence peut être prouvée par tous les modes usités en droit commercial, voir même par des présomptions graves, précises et concordantes. »

C'est la Cour de Limoges (3) qui décide que l'association en participation peut résulter d'un *ensemble de faits* tels que la vie commune, communauté d'intérêts, démarches auprès de créanciers, etc.

C'est également la Cour de cassation qui, en sa chambre des requêtes (4), déclare que l'objet des associations en participation, leurs formes, les proportions d'intérêt et les conditions de leur existence reposent sur les conventions des parties, qu'il appartient aux juges du fait de déterminer par tous les moyens de preuve que la loi met à la disposition des tribunaux de commerce.

Le mode de preuve est donc des plus larges en ce qui concerne la participation.

(1) Lyon-Caen et Renault, II, n° 1055 ; Houpin, I, n° 253 ; Fuzier-Hermann, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 179.
(2) Bordeaux, 14 déc. 1896 (*J. S.*, 1897, 176).
(3) Limoges, 8 août 1902 (A. C., 1903, 22).
(4) Cass. Req., 28 avril 1903 (*Gaz. Pal.*, 21 juin 1903 ; *R. S.*, 1903, 6).

Nous croyons superflu de revenir sur l'étude séparée de chacun des moyens de preuve ; il n'y a absolument rien de nouveau à dire sur leur compte, tant sur leur nature que sur leur application, et nous renvoyons purement et simplement, pour chacun d'eux, aux ouvrages généraux déjà cités (1), nous bornant à quelques observations très courtes.

Ces moyens de preuve ne s'appliquent pas seulement à l'existence de la participation, ils ne sont pas seulement utiles pour prouver sa seule existence, mais ils s'appliquent à toutes ses *modalités* ainsi que l'indiquait l'arrêt de Cassation précité, du 28 avril 1903 ; ils sont admis pour tout ce qui concerne la participation : constitution, modification, dissolution, existence et portée de certaines clauses, etc.. Rien n'empêche d'admettre pour les actes modificatifs ou dissolutifs un mode de preuve différent de celui qui a servi à établir la constitution (2).

L'article 49, en outre, doit être appliqué non seulement aux rapports des parties entre elles, mais encore aux raports des parties avec les tiers (3).

En principe, la participation n'a pas d'existence vis à vis des tiers ; dès lors, ceux-ci sont irrecevables, à défaut d'intérêt, à prouver l'existence de la participation.

(1) V. pour l'acte écrit, G. Poulle, *op. cit.*, nos 121 et s. ; Fuzier-Hermann, *op., cit.*, nos 182 et s. ; de Pelsmæker, *op. cit.*, nos 43 et 44 ; — pour les livres de commerce, G. Poulle, nos 108 et s. ; Fuzier-Hermann, 188 et s. ; de Pelsmæker, n° 46 ; — pour la correspondance, G. Poulle, n° 112 ; de Pelsmæker, n° 47; — pour la preuve testimoniale, G. Poulle, nos 113 et s. ; Fuzier-Hermann, nos 192 et s. ; de Pelsmæker, n° 48 ; — pour les présomptions, Fuzier-Hermann, n° 194 ; de Pelsmæker, n° 49 ; — pour l'aveu et le serment, G. Poulle, nos 126 et 127 ; Fuzier-Hermann, nos 195 et s. ; de Pelsmæker, n° 45.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n. 1056 ; Vavasseur, *Des sociétés commerciales*, I, n° 318.

(3) Rousseau, *op. cit.*, II, nos 1788 et 1789 ; Poulle, *op. cit.*, nos 107 à 119 : Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 318.

Mais il est des cas où les tiers ont qualité pour agir. Par exemple, s'ils agissent aux lieu et place de leur débiteur participant, par l'action oblique de l'article 1166 du Code civil.

Chaque fois que les tiers ont intérêt d'agir, ils disposent des modes de preuve admis en faveur des associés (1).

En résumé, l'essentiel à retenir est que les associés, les gérants et les tiers peuvent se servir de *tous* les modes de preuve dont nous avons parlé ci-dessus pour *tout* ce qui concerne la participation.

(1) Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 318 ; Poulle, *op. cit.*, nos 117 à 119 ; de Pelsmæker, *op. cit.*, n° 51.

QUATRIÈME PARTIE

FONCTIONNEMENT DE LA PARTICIPATION

Avant d'aborder l'étude des effets de la participation qui se produisent lors de son fonctionnement, nous tenons à écarter un doute qui pourrait se présenter à l'esprit.

Au cours de notre ouvrage, nous avons émis l'idée, toute paradoxale qu'elle puisse paraître, que la participation est une situation juridique hybride et anormale ; d'autre part on sait que son caractère essentiel est d'être occulte.

Or, les effets qu'on assigne à la participation n'ont de raison d'être que s'ils sont sanctionnés par la loi et la jurisprudence ; cette sanction existe, mais va-t-on pouvoir dire que le seul fait de cette sanction publique par les tribunaux va rendre *publique* l'association en participation et que désormais elle suivra les règles d'une société publique, et dans tous les cas d'une société de fait, les autres sociétés dont elle a voulu emprunter la forme étant nulles par suite du caractère occulte dont elles auraient été revêtues ?

Non, autant dire que la participation est illégale et que dès qu'on la découvre on doit l'annuler ; notre

pensée ne va pas jusqu'à ces conséquences extrêmes.

La participation peut très bien recevoir une sanction publique sans que pour autant les tiers puissent poursuivre les participants ; en effet, pourquoi ces derniers jouissent-ils d'une irresponsabilité vis à vis des premiers ?

D'abord, pour une raison *de fait* : tant que la participation n'a pas à être sanctionnée, parce qu'ils sont occultes ; et ensuite, quand cette société doit en appeler aux tribunaux parce que l'affectation de leurs capitaux a été *occulte* et qu'elle n'a pu être la cause des engagements des créanciers à l'inverse de ce qui se produit dans la commandite publique.

Donc, d'une part, la sanction de la participation ne permet pas pour cette dernière raison de l'assimiler à une commandite et de lui en faire suivre les règles ; d'autre part, on sait qu'elle est une véritable société, on ne peut donc lui refuser l'application des principes généraux des sociétés quand ils sont compatibles avec sa nature, sous prétexte que les participants ne sont que des prêteurs, ces derniers se différenciant des premiers par leur non contribution aux pertes.

On sait que la participation peut se constituer, soit sous la forme d'une société en nom collectif, soit sous celle d'une commandite simple ; mais d'une façon ou de l'autre, les aspects généraux de la vie de la participation sont les mêmes et obéissent aux mêmes règles.

Nous n'envisagerons donc cette manifestation de la participation qu'à un seul point de vue qui sera la synthèse des deux autres ; *le gérant* sera celui qui gérera l'entreprise aux yeux des tiers, cette dénomination est plus facile et d'ailleurs elle s'applique tout aussi bien à l'associé de

la société collective occulte qui se révèle aux tiers comme traitant seul et pour son propre compte avec eux qu'au gérant proprement dit de la commandite occulte ; les *participants*, dans les deux cas, seront ceux qui resteront occultes vis à vis des tiers, qui traiteront seulement avec le gérant.

De par son caractère constitutif, la participation a, lors de son fonctionnement, deux aspects principaux, l'un qui est plutôt sa vie intérieure et comprend les rapports des associés entre eux et avec le gérant, l'autre qui est sa manifestation extérieure : les rapports du gérant et des tiers et le cas échéant de ces derniers avec les participants.

CHAPITRE Ier

VIE INTÉRIEURE DE LA PARTICIPATION

La participation obéit à des règles différentes suivant qu'elle est assimilée aux *autres* sociétés et suivant que, d'après la jurisprudence, son défaut de personnalité morale ne permet pas cette assimilation.

C'est en nous inspirant de cette idée, tout en substituant un autre criterium à celui de la personnalité, que nous étudierons la vie intérieure de la participation en trois sections.

SECTION I. — *Administration du gérant*

De par la nature du contrat, les participants ne peuvent exercer la gestion en commun, sinon ce serait transformer la participation en société en nom collectif, le choix d'un gérant s'impose donc.

En Belgique, le gérant doit être choisi parmi les associés (1), en France, il peut être un étranger à la participation (2).

(1) De Pelsmæker, *op. cit*, 84.

(2) Cass., 3 déc. 1890, S., 94. I, 389 ; A. C., 1891, 4). Aucune disposition légale n'interdisant aux membres d'une société en participation de se choisir un mandataire non participant, celui-ci peut engager ses mandants sans s'obliger lui-même, à la seule condition d'avoir fait connaître aux tiers la nature et les conditions des pouvoirs à lui conférés.

Le gérant a aussi le droit de charger un mandataire, participant ou non, de diriger les affaires de la participation en ses lieux et place ; le mandataire ne s'oblige pas personnellement à l'égard des tiers, conformément au droit commun, mais il peut, dans certains cas tout au moins, être considéré comme un mandataire substitué au gérant et poursuivi directement par les participants (1).

Le gérant statutaire est en principe irrévocable (art. 1856. C. civ.), sauf révocation en justice pour cause légitime, ou *ad nutum* si la faculté de révoquer a été réservée préalablement. Le gérant non statutaire est révocable *ad nutum* comme un mandataire quelconque, certains auteurs admettent que la majorité des associés suffit à prononcer sa révocation (2) ; la jurisprudence pense que le choix du gérant constituant un élément essentiel du contrat de participation, le gérant doit être révoqué par l'unanimité des participants (3).

Les gérants doivent agir en *leur nom personnel* sous peine de dénaturer la participation et de la transformer en société en nom collectif (4).

En ce qui concerne les choses sociales, le gérant a en principe et dans le silence des conventions les pouvoirs les plus étendus pour les actes extra-judiciaires (5) ; il peut aliéner, échanger, hypothéquer, donner en gage les objets qu'il détient, céder les créances ayant une

(1) Rouen, 31 mars 1874 (D., 76, II, 71) ; sur le mandataire substitué, v. Fuzier-Hermann, V° Mandat, n°s 412 et s. ; Fuzier-Hermann et Darras (Civ. annoté) art. 1994, n° 1 et s.

(2) Houpin, *op. cit*, n° 98 ; Vavasseur, *op. cit.*, n° 148 ; Guillouard, *De la société*, n° 135. Contra, Thaller, *Traité de Droit commercial*, n° 400, qui exige l'unanimité des associés.

(3) Lyon, 7 janv. 1904 (A.C., 1904, II, 126, *Gaz. Cour de Lyon*, 5 mars 1904).

(4) Paris, 27 janv. 1876 (S., 80, II, 11, P., 80, II, 95).

(5) V. de Pelsmæker, *op. cit.*, n° 55.

cause sociale, endosser les billets souscrits au profit de l'association (1).

Les pouvoirs du gérant s'étendent à *toutes* les choses sociales, même aux biens dont il n'est pas propriétaire, mais dont la possession lui a été transmise en exécution du pacte social, par exemple les marchandises remises pour être revendues. Le gérant exerce *seul* toutes les *actions en justice* relatives aux opérations de la participation : les tiers n'ont d'autre contradicteur légitime que lui.

Les pouvoirs du gérant peuvent subir des *restrictions*, soit par suite des conventions des parties, soit par suite de son incapacité de disposer valablement des biens qui sont restés au regard des tiers la propriété des participants.

Vis à vis des associés, le gérant a le droit d'exiger l'exécution de leurs engagements et notamment le versement des mises ou des sommes qu'ils se sont obligés à apporter (2). En dehors de sa part dans les bénéfices, le gérant peut réclamer un salaire, c'est du moins l'opinion générale (3) ; certains admettent qu'en principe le gérant-associé n'a pas ce droit (4) ; en somme, c'est là une question d'interprétation du contrat et de la volonté des parties.

La responsabilité du gérant vis à vis des participants est réglée par le pacte social, et à défaut, par les règles du mandat.

(1) C'est ainsi que le gérant peut vendre les biens composant l'actif social si, du moins, il en a la propriété. V. Cass , 5 mai 1858 (S., 59, I, 223) ; Houpin, I, n° 259 ; Poulle, n° 193.

(2) Pont, *op. cit.*, n° 1845.

(3) V. Rennes 29 avril 1881 sous Cass., 1er août 1883 (S., 86, I, 20); Douai, 1er mars 1850 (D., 50, II, 190) ; Vavasseur, I, n° 174 ; Poulle, n. 205.

(4) V. Paris, 15 mars 1861 (*J. des Trib. Comm.*, X, 360) ; Houpin, n° 260.

S'il a fait un acte rentrant dans les limites de ses pouvoirs, les participants sont tenus d'en accepter toutes les conséquences, quelles qu'elles soient ; si, au contraire, il a outrepassé les termes de son mandat, les associés ont le droit de se refuser à subir les conséquences de l'acte accompli. Le point de savoir si le gérant a ou non excédé les limites de son mandat est une question de fait que le juge doit résoudre d'après la convention ou d'après l'intention des parties (1).

Le gérant doit apporter à sa gestion les soins d'un bon père de famille, il est tenu non seulement de son dol ou de sa faute lourde, mais de *toute faute dommageable* (2), c'est ainsi qu'il est déclaré à bon droit responsable des malversations commises par un préposé infidèle (3). Le gérant doit rendre compte de sa gestion et est obligé de mener à bonne fin toutes les opérations.

La reddition de comptes en l'absence de stipulations spéciales a lieu ordinairement chaque année, c'est pour ainsi dire, une convention tacite (4).

(1) C'est ainsi qu'il a été jugé par le trib. de la Seine, 21 mai 1896 (*R. S.*, 1897, 290), que les commandes faites ou les approbations données par un conseil d'administration ou d'un fondé de pouvoirs en dehors des limites du pacte social ne peuvent engager ceux des associés en participation qui n'y ont pas consenti.

(2) Paris, 16 mai 1889 (*R. S.*, 1890, 78) ; Paris, 6 juillet 1893 (*Gaz. Pal.*, 1893, II, 661) ; cf. Cass., 8 juillet 1887 (*R. S.*, 1887, 467). — Lorsqu'aux termes du contrat de participation, le gérant de la participation constituée pour l'achat et la vente d'une certaine denrée, ne peut effectuer aucune réalisation sans que son coparticipantait été consulté sur son opportunité et sans que le prix ait été fixé d'accord avec lui, celui-ci est en droit de ne pas tenir compte de la vente faite par le gérant sans l'aviser et de s'opposer à ce que les résultats en soient portés sur le compte de participation. Req., 24 mars 1903 (*Gaz. Pal.*, 23 juin 1903).

(3) Cass. 8 juillet 1887 (S., 89, I, 252). Le gérant commet une faute en abdiquant ses attributions et ses prérogatives qu'il laisse exercer par un associé qui s'immisce dans la gestion, T. co. Lyon, 11 nov. 1902 (*R. S.*, 1903, 434).

(4) Houpin, n° 267 ; Lyon-Caen et Renault, n° 1064 ; Poulle, n° 299 et s. ; Paris, 22 avril 1886 (*R. S.*, 1886, 313) ; Cass., 8 juillet 1887 (S., 1889, I, 252).

Le gérant peut dans une certaine mesure, être dispensé de rendre compte et l'approbation des comptes vaut décharge pour le gérant (1).

Les participants ne peuvent pas attaquer les actes du gérant vis à vis des tiers. Au regard des tiers, le gérant agit, non comme mandataire ou comme représentant d'une société, mais en son propre nom ; les rapports du gérant et de ses coassociés sont pour les tiers *res inter alios acta*, le gérant a-t-il outrepassé son mandat, les associés ont le droit de lui laisser l'acte pour compte, mais ils ne peuvent inquiéter le tiers qui a traité de bonne foi, cela ne se concevrait même pas, les associés ne sont ni plus ni moins que des étrangers pour le tiers. Le gérant est le représentant en justice de ses coassociés. Les participants ne sont pas recevables à faire tierce opposition aux jugements rendus contre lui. (art. 474, C. pr. civ.) à intervenir sur l'appel formé contre ces jugements.

Il n'est pas permis aux participants de faire opposition aux actes du gérant s'il est nommé par les *statuts*, ce serait une révocation partielle. Si le gérant est nommé par un acte non statutaire, le participant a le droit d'opposer son veto, ce veto n'est pas péremptoire : le gérant peut provoquer une assemblée des associés et passer outre, si la majorité l'autorise (2).

Les participants ont le droit de contrôler l'administration du gérant. Ce droit comporte celui de prendre communication des livres, pièces et documents de l'association (3) ; ils ont en outre une action pour contraindre

(1) V. pour ces deux points, de Pelsmæker, *op. cit.*, nos 69 et 70.
(2) V. Lyon-Caen et Renault, II, nº 266 ; Houpin, nº 190.
(3) V. de Pelsmæker, nos 74 et 75.

le gérant à rendre ses comptes (1). Ils peuvent même demander la faillite du gérant, mais seulement, bien entendu, s'ils se trouvent dans les conditions ordinairement voulues ; c'est ainsi qu'un participant n'est pas recevable à demander la déclaration de faillite du gérant de la participation, alors que son intérêt dans l'association, dont les comptes restent à règler, ne le fait pas ressortir actuellement créancier du gérant (2).

Section II. — *Rapports des associés entre eux*

La loi laisse aux associés toute latitude de régler leurs droits et leurs obligations, mais il est néanmoins utile d'étudier tant les règles auxquelles ils doivent toujours se soumettre que celles qui régissent leurs rapports sociaux dans le silence du pacte constitutif.

§ 1. — *Rapports concernant les apports, les remboursements et les risques*

Ce paragraphe est avant tout consacré à la question de la *propriété des apports*.

Les participants comme les associés de toute société sont obligés d'effectuer leur apport suivant les termes du contrat (3).

C'est au gérant à exiger le versement de cet apport (4). L'engagement pris par plusieurs associés de fournir les fonds nécessaires à une participation n'est ni solidaire, ni indivisible. Le gérant n'est pas fondé à

(1) V. Paris, 26 janvier 1861 (*J. des Trib. comm.*, X, 296) ; Lyon-Caen et Renault, II, n. 1064.
(2) Cass., 9 févr. 1903 (*J. S.*, 1904, 55 ; *R. S.*, 1903, 215).
(3) Pont. II, n° 1829 ; Houpin, I, n° 254.
(4) V. Aix, 16 mai 1868 (S., 70, I, 1999).

réclamer à un seul des participants, sous prétexte d'indivisibilité, tout le capital nécessaire à l'exécution de l'entreprise (1).

Au sujet de cette obligation des associés aux apports, se posent habituellement deux questions : celle de savoir, au cas où l'associé ne verse pas les sommes dans les conditions convenues, s'il devient *ipso facto passible des intérêts*, et l'autre, beaucoup plus importante et intéressante à notre avis, celle de la *propriété*, de la *condition juridique de ces apports*.

I

Pour la première question, la plupart des auteurs admettent la négative. Ils prétendent que l'article 1846 du Code civil suppose forcément l'existence d'un fonds social, d'un être moral jouant le rôle de créancier au profit duquel la loi fait courir les intérêts de plein droit. Ceci ne saurait se concevoir pour l'association en participation qui n'est pas un être moral, à qui l'associé en retard pourrait-il bien devoir les intérêts (2) ?

Mais nous savons que penser de la théorie de la personnalité morale, c'est là encore un exemple des inconvénients auxquels elle aboutit par les inégalités qu'elle crée entre les sociétés ; en outre, cette théorie n'a rien à faire ici : l'article 1846 est simplement une conséquence de l'idée de société, or, nous savons que la participation est une véritable société : au lieu d'avoir une société soi-disant être moral, comme créancière, l'associé en retard sera le débiteur de ses coassociés (3).

(1) Paris, 22 avril 1886 (*J. Trib. Comm.*, XXXVI, 302) ; — Cass., 8 juillet 1887 (*id.*, XXXVII, 601) et (S., 1887, I, 467).

(2) En ce sens, Pont, II, n° 1836 ; Vavasseur, I, n° 319 ; Rousseau, II, n° 1808 ; Poulle, n° 134 à 137 ; Houpin, I, n° 255.

(3) Delangle, *op. cit.*, n° 617.

Les associés, en outre, étant tous appelés à recueillir les bénéfices réalisés depuis le jour de la formation du contrat, il ne faut pas que celui qui n'a pas effectué sa mise se trouve dans une situation plus favorable que celui qui a effectué la sienne. Le débiteur de sommes à apporter est donc tenu des intérêts depuis le jour où ses apports doivent être faits (1).

Au cas où l'associé a effectué son apport ou fourni des fonds nécessaires à l'opération, a-t-il droit à l'intérêt de ses avances du jour où il les a faites ?

La Cour de cassation admet dans ses arrêts les plus récents que l'article 2001 du Code civil est applicable à l'associé (2).

Toutefois, la *majorité* des auteurs, se fondant sur les caractères de la société en participation, décide que l'associé en participation *n'a pas* droit aux intérêts de ses avances avant d'avoir formé une demande en justice, conformément à l'article 1153 du Code civil (3).

Lorsqu'un des associés a employé pour son usage personnel des fonds de l'association, en doit-t-il les intérêts de plein droit ? On répond en général par la négative à raison de la nature spéciale de l'association en participation : pourvu que les associés encaissent le résultat de l'opération, il importe peu que certaines sommes aient été employées par l'un d'eux à son usage personnel (4).

(1) Baudry et Wahl, *Société*, nº 179 ; Laurent, XXVI, nº 249.

(2) V. Cass., 21 juillet 1884 (S., 86, I, 291) ; 26 mars 1901 (D., 1901, I, 384) ; en ce sens, Guillouard, *Traité du contrat de société*, nº 166 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. de la société du prêt et du dépôt*, 2e éd., nº 215.

(3) V. Vavasseur, I, nº 319 ; Poulle, nº 139 ; Houpin, I, nº 255, 210 ; Rousseau, II, nº 1807. Depuis la loi du 7 avril 1900 on ferait, dans cette opinion, courir les intérêts à dater de la sommation.

(4) V. en ce sens, Vavasseur, I, nº 319 ; Alauzet, *op. cit.*, I, nº 411;

II

Question de la propriété des apports. — Chaque participant est obligé de faire un apport dans la société en participation, quelle est la situation juridique de cet apport et à qui la propriété en sera-t-elle attribuée?

Dans les autres sociétés, anonymes, collectives ou en commandite, la réunion des apports des associés forme un capital social, un *fonds social* qui a par lui-même une existence propre et dont la condition juridique est absolument indépendante de celle des patrimoines des associés; en est-il de même dans la participation, ou, au contraire, les apports des participants restent-ils leur propriété, deviennent-ils celle du gérant ou forment-ils une masse indivise ?

L'intérêt de la question n'est pas seulement théorique, mais au point de vue pratique, il est des plus considérables; il ne s'agit ni plus ni moins que du sort de la fortune de chaque associé engagée dans l'entreprise, et par là même du sort de cette dernière.

L'intérêt de la question se présente notamment, en cas de *faillite* d'un participant, ses créanciers pouvant ou non obtenir satisfaction selon qu'il est ou non propriétaire des apports; au point de vue des *risques* survenant à la chose, mis à la charge des participants, d'un seul ou du gérant suivant la condition juridique de l'apport; au point de vue *fiscal*, à propos des droits de succession perçus comme si la société n'existait pas si le participant reste propriétaire de sa mise (1); en ce qui concerne le droit de *disposition*, le participant propriétaire dispo-

Rousseau, II, n° 1809; Poulle, n° 138. — Contra, Rennes, 6 mai 1835; Paris, 15 mai 1868 (*J. des Trib. comm.*, XVIII, 175).

(1) V. de Pelsmæker, *op. cit.*, n° 142.

sant valablement des choses lui appartenant ; en cas d'une convention d'assurance conclue par le gérant de la participation (1) ; enfin, au point de vue du recours possible des créanciers.

Cette question de la propriété des apports dans la participation ne se pose que parce que de tout temps et jusqu'alors, la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine admettent la théorie de la personne morale. La discussion qui va suivre est une conséquence immédiate de l'assujettissement des sociétés commerciales aux règles de la personnalité morale. On sait, en effet, que si l'on tient cette dernière théorie pour vraie, la participation, n'étant pas une personne morale, est traitée d'une façon différente des autres sociétés : chez les sociétés personnes morales, les apports forment le fonds social et deviennent par là même, la propriété indivise des associés ; dans la participation, l'existence d'un fonds social étant impossible (2), la question de la propriété des apports reste *entière*.

Si nous substituons au principe de personnalité, celui d'affectation spéciale, la question est vite tranchée, les apports des participants *forment le patrimoine d'affectation* et deviennent la propriété indivise des participants ; autant le problème de la situation juridique des apports est simple avec la théorie du patrimoine d'affectation, autant il devient compliqué avec celle de personnalité.

Mais puisque cette dernière est celle actuellement

(1) Bruxelles, 6 avril 1901, *Revue Droit commercial*, 1901, n° 138.

(2) Cass., 2 juin 1834 (S., 34, I, 603) ; 19 mars 1838 (S., 38, I, 343) ; 13 avril 1864 (S., 64, I, 473) ; 22 déc. 1874 (S., 75, I, 214) ; 27 juin 1894 (D., 95, I, 466) ; 5 février 1901 (D., 1902, I, 41) ; 7 mai 1902 (D., 1902, I, 286) ; Rennes, 4 janv. 1894 (D., 94, II, 120). En ce sens, Vavasseur, I, n° 479 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1058 ; Poulle, n° 61 et s. ; Rousseau, II, n° 1732 ; Thaller, n° 277.

admise en droit positif, force nous est d'en exposer les conséquences, les divergences doctrinales auxquelles elle donne lieu, et de les discuter, quitte ensuite à envisager la question en nous plaçant au point de vue de la théorie du patrimoine d'affectation.

Tout d'abord, si les parties *se sont expliquées* sur la propriété des apports et des acquisitions, leur volonté fait loi ; pas n'est besoin d'une déclaration expresse, il suffit que leur intention soit certaine, non équivoque.

Il est loisible aux participants de stipuler, soit que la propriété des objets de l'association sera concentrée toute entière sur la tête de *l'un* deux, soit que chacun restera propriétaire privatif des biens apportés ou acquis, soit enfin que les biens seront indivis entre tous.

Mais l'interprétation de la volonté des contractants est très délicate, les parties feront bien de s'expliquer d'une manière expresse sur la propriété des biens apportés ou acquis.

Pour prévenir les contestations auxquelles la question donne lieu, le nouveau Code allemand présume jusqu'à preuve du contraire, que les participants consentent à transférer la propriété de leur apport dans le patrimoine du gérant (1).

En France, cette règle n'existe pas, mais néanmoins, bien qu'en règle générale il n'existe pas de fonds commun indivis dans les participations (2), il a été cependant décidé que dans une participation d'achat et de revente des marchandises, dans laquelle, dès l'origine,

(1) Le Tribunal de l'Empire (Jug. du 16 novembre 1899, A. C., 1901, 317) a décidé que cette disposition n'a rien d'impératif : qu'elle n'est qu'interprétative de la volonté des parties.

(2) La constitution d'une masse indivise ne se présume pas dans la participation. Trib. de la Seine, 24 déc. 1890 (A. C., 1891, 30).

a été constituée une caisse commune, destinée aux acquisitions, il y a lieu d'admettre que le gérant achète pour le compte de tous (1).

C'est évidemment à l'intention des parties qu'on doit s'attacher le plus en cette matière, mais elle peut très bien ne résulter ni des termes du contrat, ni des circonstances extrinsèques, et c'est alors que vont s'ériger les divers systèmes concernant la situation juridique tant des apports que des acquisitions.

A

Certains auteurs, se ralliant à la vieille idée qu'en l'absence de la personnalité morale, la société engendre toujours au moins l'indivision ont conclu à la *copropriété* des apports. Quelques décisions judiciaire sont admis qu'à l'instar des sociétés civiles les associations en participation créent entre leurs membres une véritable indivision relativement aux objets apportés ou acquis (2).

Mais cette théorie n'a jamais eu une grande vogue, « elle n'a d'ailleurs pas de défenseurs modernes, cela peut paraître d'ailleurs assez extraordinaire étant donné que la mise en commun dans les sociétés est encore généra-

(1) En ce sens : « Si l'associé a fourni au gérant des fonds destinés aux achats de marchandises, si celles-ci ont été placées dans un magasin distinct de celui du gérant, loué en commun, et dont le participant possède une clef, les acquisitions appartiennent pour moitié au participant, pour moitié au gérant, Dijon, 11 février 1874 (D., 75, II, 55) ; — Rien ne s'oppose à ce que les biens apportés par l'un des associés soient considérés comme étant devenus la propriété commune des participants quand les faits de la cause révèlent que telle a été l'intention des parties. — Cf. Poullé, n° 67 ; Lyon-Caen et Renault, n° 1060 ; Vavasseur, n° 315 ; Houpin, I, n° 256. — V. également Cass., 27 juin 1894 (S., 1898, I, 460) ; Poitiers, 4 févr. 1889 (*R. S.*, 1889, 205).

(2) Paris, 22 décembre 1865 et 10 mai 1870 (*Journal des Trib. Comm.*, 1866, 5 et 1871, 112).

lement considérée dans la doctrine classique comme entraînant la copropriété de tous les associés (1) ».

Une *seconde conception* n'a guère eu plus de succès ; elle était cependant intéressante parce qu'admise par plusieurs législations étrangères et parce que correspondant au type classique de l'association en participation de nos anciens auteurs.

Elle consiste à considérer les apports comme devenant *nécessairement*, par l'effet du contrat de participation ou de leur remise au *gérant*, la *propriété de celui-ci* (2).

C'est le système adopté par la législation allemande aussi bien sous l'empire du Code de commerce de 1861 que sous celui de 1897.

« Si l'apport du participant consiste en choses corporelles », dit M. Renaud, en se référant au Code de 1861, « elles deviennent en principe, par le fait seul de leur livraison la propriété du gérant, sans distinguer si elles sont consomptibles ou non, fongibles ou non (3) ».

M. Cosack n'est pas moins explicite dans le même sens : « L'apport du participant devient par sa remise au gérant la propriété exclusive de celui-ci (4) ».

Ce système correspond au type classique de l'ancienne participation, celui de la commande occulte entre deux individus dont l'un joue le rôle principal tandis que l'autre se borne à remplir plutôt celui d'un prêteur.

Il n'a pas trouvé grand écho en France, où la jurisprudence et la majorité de la doctrine (5) admettent

(1) J. Bonnecasse, *De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation*, A. C., 1908, 5 et s. § 3.

(2) V. Troplong, *op. cit.*, n° 500 ; Cass., 8 juillet 1879 (Pas. fr. 1881, 768) ; Seine, 24 déc. 1890 (A. C., 1891, 30).

(3) Renaud, *Das Recht der stillen Gesellschaften*, 117.

(4) Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 545.

(5) Pour les auteurs, v. ceux déjà cités à la note 3 de la page 233 et Arthuys, *op. cit.*, I.

qu'en principe, et à moins de convention contraire, chaque participant reste propriétaire de ses apports personnels, qu'il reprendra en entier à la dissolution alors même qu'ils seraient destinés à l'opération commune, sauf règlement ultérieur des comptes de cette opérations commune. La même solution est admise, par identité de motifs, au sujet des marchandises achetées pendant la durée de l'opération par l'un des associés ou par le gérant ; ces marchandises demeurent la propriété, en principe, de celui qui a pris l'initiative de l'opération.

« La règle générale est qu'*il n'y a pas*, sauf convention contraire, *de copropriété* ; chaque participant conserve en principe la propriété de ses apports. La participation n'a en effet, en général, pour but, que le partage des bénéfices et des pertes et non l'établissement d'une communauté quant à la copropriété (1). »

Pour M. Thaller, il en est de même, les participants sont entre eux dans les rapports de *commettant* et de *commissionnaire*, ils *gardent* la propriété de leur biens et peuvent les revendiquer entre les mains du gérant de la participation ; « vienne la faillite du gérant, le participant sera traité pour ses marchandises comme un commettant, si elles ne sont pas vendues. Il est *resté propriétaire* de ses marchandises qui sont en consignation chez un commissionnaire failli. Il les revendiquera par préférence, quitte à régler son compte de pertes, s'il y a lieu (2). »

« L'objet du contrat est atteint sans qu'il faille créer entre les parties un fonds commun indivis, (3) ni même

(1) Lyon-Caen et Renault, II, 889.
(2) Thaller, 271.
(3) Pont, n° 1839 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1059 ; Vavasseur, I, n° 321; Cass., 27 juin 1894 (S., 1898, I, 460).

sans qu'il faille transférer la propriété des apports dans le patrimoine du gérant (1). »

Cependant, si les apports consistent en sommes d'argent ou en choses fongibles, ils sont admis à devenir la propriété du gérant à qui ils sont remis ; l'individualité spécifique des espèces n'a aucune importance, et on convient que, sauf convention contraire, les parties élèvent au profit du gérant la propriété de leur mise en numéraire. Mais si l'apport consiste en marchandises destinées à être revendues, le principe que l'apporteur garde la propriété de sa mise reprend son empire, et ce, malgré la remise matérielle des marchandises en la possession du gérant.

Selon M. Arthuys, également, dans la participation, « chacun *conserve* la valeur de son apport, des valeurs qu'il destine aux opérations sociales et agit isolément comme s'il n'y avait pas de société (2) », cette interprétation, selon lui, est conforme à la volonté des parties (3).

Cette théorie émise par la plupart des auteurs français est d'ailleurs traditionnelle et s'appuie sur le caractère spécial de la participation, elle est celle de la jurisprudence.

B

Cette dernière s'appuie surtout sur le *défaut* de personnalité de la participation pour lui refuser un fonds

(1) De Pelsmæker, n° 31.
(2) Arthuys, *op. cit.*, I, n° 207.
(3) Cass., 22 déc. 1874 (S., 75, I, 214) ; 27 juin 1894 (S., 98, I, 460). Un arrêt du 20 mars 1900 (S., 1902, I, 321) a émis une doctrine contraire. Mais les fonds déposés par le gérant en son nom lui appartenaient : c'est lui qui devait les retirer, sauf à être débiteur vis à vis de ses co-associés. Voy. la note de M. Wahl.

social : « L'association en participation n'a pas une personnalité distincte de celle des associés, ceux-ci opèrent individuellement et en leur propre nom, sauf le compte de profits et pertes qu'ils ont à se rendre, et n'ont aucun droit de propriété sur les choses achetées par chacun d'eux pendant la durée de l'association. En conséquence, les créanciers personnels de l'un quelconque des participants peuvent saisir les choses que celui-ci a achetées personnellement et *dont il est seul propriétaire* sans que les autres participants puissent rien revendiquer des objets ainsi saisis (1). » « Les associations en participation ne constituant pas un être moral distinct de la personne des coparticipants, celui des coparticipants qui a expédié à l'autre des marchandises, achetées par lui de ses deniers pour être vendues à son compte, sauf règlement à intervenir entre eux sur les résultats de l'opération, *conserve la propriété* des dites marchandises, non seulement à l'égard de son coparticipant, mais aussi à l'égard des créanciers de celui-ci qui ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur (2). » « L'association en participation ne forme pas un être moral distinct de la personne des associés et *n'établit entre les coparticipants aucune copropriété des apports respectifs*. Dans une telle association, il n'existe pas de fonds social en dehors des biens personnels des associés qui restent *propriétaires des choses apportées ou acquises en leur nom* au cours de l'association (3). »

(1) Cass., req., 27 juin 1893 (D., 93, I, 488 ; S., 94, I, 25).
(2) Cass., 5 février 1901 (D., 1902, I, 41).
(3) *Trib. comm. de la Seine*, 11 décembre 1901 (*R. S.*, 1902, 281), où le tribunal se basait précisément sur l'absence de fonds social dans la participation par suite de son défaut de personnalité pour édicter l'impossibilité où elle se trouvait de diviser le capital en parts de propriété au porteur.

« Par sa nature et en l'absence de stipulations contraires, l'association en participation n'établit entre les contractants aucun lien de copropriété susceptible de donner lieu, après la dissolution, à des opérations divisoires ; il n'existe, sous ce régime ni actif, ni passif social distinct des patrimoines personnels des participants. » Chaque participant reste donc propriétaire de son apport (1).

Selon la jurisprudence dont nous avons cité quelques-unes des principales décisions (2), la participation n'est qu'un groupement *d'individus, isolés* les uns des autres, agissant chacun séparément et pour son propre nom, apportant chacun de son côté des capitaux à un gérant qui s'en servira pour une entreprise déterminée moyennant répartition des bénéfices et des pertes entre tous les apporteurs de capitaux, on ne saurait donc voir là un patrimoine social ; le gérant peut se servir de l'apport, mais le participant en conserve la propriété, sauf bien entendu conventions contraires.

Ce principe a des *conséquences* très importantes.

a. C'est ainsi que par application de la règle *res perit domino*, les *risques* sont à la charge du *coparticipant propriétaire*, du moins quand il s'agit de risques étrangers à l'opération (3). Si, dans la participation, la perte de la chose fournie par un des participants doit rester exclusivement à sa charge, au cas où la perte provient d'un fait étranger à la négociation, il en est différemment au cas où elle procède d'événements ou de risques atta-

(1) Cass., req., 7 mai 1902 (A. C., 1903, II, 22, n° 29 ; D., 1902, I, 286 ; S., 1902, I, 504).

(2) Adde, *Trib. comm. de la Seine*, 16 juin 1906 (*R. S.*, 1907, 70).

(3) Poulle, n°s 161 et s. ; Pont, II, n° 1831 et 1832 ; Houpin, I, n° 241 2° ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1061.

chés aux opérations mêmes pour lesquelles l'association a eu lieu : en ce cas la perte doit entrer dans le passif commun et se répartir entre les associés (1).

β. Ce principe entraîne également le *droit de revendication* qui appartient *aux participants*. Il existe d'abord lorsqu'un associé envoie au gérant un lot de marchandises destinées à être vendues. Le gérant se charge de l'opération ; mais l'expéditeur *reste* propriétaire des marchandises envoyées, il est dans la situation d'un *commettant* vis à vis d'un commissionnaire (2).

La règle est la même, quoiqu'il y ait un peu plus de doute, si le gérant avec ses deniers propres se rend acquéreur de marchandises qu'il revend à profit commun (3). Ces principes sont suivis alors même qu'avant la revente, les marchandises ont subi une transformation. Un participant de ses deniers et en son nom achète des cocons de soie, il les envoie au gérant pour les filer et les revendre à compte commun ; le participant expéditeur *reste* propriétaire des cocons filés jusqu'au jour de la vente (4). Une participation est créée pour la confection et la revente d'une œuvre de bijouterie, l'associé qui remet au gérant les pierreries en vue d'en faire la monture, reste propriétaire jusqu'à l'aliénation (5).

γ. Il en est de même en ce qui concerne les *acquisitions* (6).

(1) Poitiers, 8 déc. 1892, sous Cass., 27 juin 1894 (S., 98, I, 460 ; D., 95, I, 166).

(2) Thaller, nº 378 ; Poulle, nº 155. V. en ce sens, Cass., 5 février 1901, précité ; Douai, 11 nov. 1897 (D., 1899, II, 85) ; Limoges, 2 mars 1892 (D., 1894, II, 189).

(3) V. pour le développement de cette idée, Arthuys, I, 265 avec les renvois.

(4) Cass., 13 avril 1864 (D., 1864, I, 305).

(5) Paris, 5 juillet 1892 (D., supplément, Vº Société, nº 2031).

(6) Chaque associé demeure en principe propriétaire des choses

Au cas de dissolution d'une association en participation ayant pour objet l'exploitation d'une chose mise en commun, cette chose peut être réclamée *en nature* par l'associé qui l'a apportée, sauf par lui à faire raison à ses coassociés des sommes dépensées par eux pour son amélioration (1).

D'autre part, les créanciers *personnels* de l'un quelconque des participants peuvent encore saisir les choses que celui-ci a achetées *personnellement* au cours de l'association et dont il est seul propriétaire sans que les autres participants puissent rien revendiquer des objets ainsi saisis (2).

δ. Une quatrième conséquence, très importante, se manifeste au cas de *faillite*, soit du *participant* qui a fait l'apport ou l'acquisition, soit de celui qui les a *reçus*.

Au cas de faillite du participant qui a fait l'apport ou l'achat, ses coparticipants n'ont aucun droit de préférence ni sur l'apport, ni sur les marchandises achetées : s'ils ont donné des sommes, ils viennent comme simples créanciers chirographaires dans la masse de la faillite (3).

Inversement, si les marchandises ont été *expédiées* à un autre participant tombé en faillite, elles ne doivent pas être vendues au profit de la masse, elles doivent être restituées à l'expéditeur.

acquises par lui en son nom personnel, soit avec les deniers des coassociés, soit avec des deniers personnels. Cass., 27 juin 1893, précité ; Douai, 11 nov. 2897, précité.

(1) Cass , 22 déc. 1874, précité. V. en ce sens, Alauzet, I, n° 408 ; Vavasseur, n° 479 ; Bédarride, II, n° 434 ; Massé, *Dr. comm.*, III, n° 1781.

(2) Cass., 27 juin 1893, précité ; Cass., 5 mai 1858 (S., 59, I, 223; P., 58, I, 206).

(3) Poitiers, 13 juin 1870 (D., 70, II, 189) ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1060 ; Poulle, n° 153.

Lorsqu'un des associés en participation tombe en faillite avant d'avoir effectué sa mise sociale, les marchandises appartenant à la société n'en restent pas moins la propriété de cette société, en ce sens que les autres associés peuvent en demander la délivrance ou les revendiquer contre les détenteurs pour consommer l'opération faisant l'objet de la société, sauf à rendre compte aux syndics de l'associé failli : ceux-ci ne peuvent prétendre qu'il y a lieu au partage des marchandises entre les associés (1).

ε. Comme autre conséquence et des plus importantes, les créanciers de la société ou plutôt du gérant ne peuvent exercer leur *recours* contre les *apports des associés*, ils en sont réduits à exercer leur droit de gage sur la *seule propriété du gérant*.

Tel est donc le principe : les apports et les acquisitions ne sont pas la copropriété des participants. Mais, les parties, étant libres de régler la participation comme elles l'entendent, peuvent convenir dans l'acte d'association que les apports et les acquisitions seront la propriété indivise des participants. En d'autres termes, si dans la participation, à la différence des sociétés commerciales proprement dites, il n'y a pas de patrimoine propre à la société, rien ne s'oppose cependant à ce qu'il y ait *mise en commun* d'une chose, copropriété des apports, puisque la loi a laissé toute liberté aux participants pour régler à leur convenance leurs rapports individuels avec les tiers (2).

S'il en est ainsi, les conséquences que nous avons

(1) Rouen, 20 avril 1810 (S. et P., ch.) ; Lyon, 14 juin 1824 (S. et P., chr.). V. pour les conséquences similaires et les décisions de jurisdence, Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, nos 265 à 269.

(2) Pour des exemples de ce genre, v. Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, nos 271 à 273.

indiquées tout à l'heure ne se produisent évidemment *plus*. Il est certain tout d'abord que, en conséquence directe et immédiate de leur qualité de copropriétaires tous les participants *supportent* la perte survenue. D'autre part, au cas de faillite de l'un des participants, les autres ne peuvent revendiquer *que* leur part indivise (1).

Dans le cas où les apports consistent en *argent*, les règles posées par la jurisprudence ne s'appliquent pas, le gérant devient propriétaire des mises en numéraire par suite de leur livraison, sauf à en rendre compte aux participants. Ceux ci ne peuvent prétendre qu'à un droit de *créance* contre le gérant (2).

C'est ainsi que s'explique une décision d'après laquelle, la participation ne constituant pas une personne morale à laquelle appartienne l'actif de l'association, le gérant est seul propriétaire de cet actif à l'égard des tiers (3). Le participant devant supporter une partie des dettes ne peut être colloqué dans la faillite du gérant que pour la somme dont la liquidation de la société établira qu'il est créancier après déduction de sa part dans les pertes (4).

Mais à l'inverse, si la faillite du gérant tient à des opérations *autres* que celles de la participation et si même la participation laisse ressortir un bénéfice, le participant a alors le droit de produire non seulement pour son apport, mais aussi pour sa part dans le gain de l'affaire

(1) Pour les conséquences différentes après la mise en commun des apports, v. Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, nos 275 à 278.

(2) V. Vavasseur, I, no 323 ; Pont, II, no 1841 ; Poulle, no 188 ; Thaller, no 378.

(3) Cass., 27 juin 1893 précité. Dans le même sens, Poitiers, 22 décembre 1887 (P., 88, I, 79) et la note de M. Lyon-Caen ; *sic* Houpin, I, no 257 1° ; Lyon-Caen et Renault, II, no 1060 ; Poulle, no 153; Rousseau, II, no 1820.

(4) Cass., 27 juin 1893, précité.

en commun, la faillite du gérant ne s'y oppose nullement (1).

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie de la jurisprudence (2).

C

M. Bonnecasse nous signale, dans son étude, un *système mixte* qui se ramènerait en fin de compte uniquement à considérer les biens acquis en échange des apports comme *subrogés réellement à ces derniers* (3).

M. Bonnecasse (4) pense également que le système de la jurisprudence commence à s'atténuer et à perdre son caractère « ultra-individualiste », peu en rapport avec la notion du contrat de société dont il est appelé à régler les effets sur « un point particulier» ; il voit une trace de cette tendance dans un arrêt qui déclare, à propos des fonds déposés par le gérant d'une participation dans une banque, que « les fonds ainsi déposés du consentement de toutes les parties n'en étaient pas moins devenus la propriété commune des associés (5) ».

On peut considérer encore dans le même sens l'arrêt de Paris du 9 janvier 1907, comme validant une association en participation où l'existence d'un fonds só-

(1) Thaller, nº 378.

(2) Pour la question spéciale de la propriété des apports et des acquisitions dans les syndicats financiers d'émission, v. de Pelsmæker, nº 35 et les renvois qu'il fait à : Houpin, I, nº 451 et notes ; Thaller, *R. critique*, XLVIII, 519 ; Pic (note); (D., 1896, II, 481) ; Levillain (note); (D., 1890, II, 265) ; Chasseriau *Des syndicats d'émission et de leur responsabilité*, Paris, 1898.

(3) V. Mollinier, *D. comm.*, I, 578 ; Déchezelle, *Des ass. en part.*, thèse 1893, 37 et s.

(4) Bonnecasse, *loc. cit.*, § 3 in fine.

(5) Arrêt des 20 mars 1900 (S., 1902, I, 321).

cial serait nettement caractérisée. Nous ferons remarquer une fois de plus, pour cet arrêt avec lequel ont tant jonglé les auteurs partisans soit d'une thèse, soit d'une autre, qu'il n'a tranché aucune question de *fonds social* en ce qui concerne la participation et qu'il s'est borné exclusivement à statuer au point de vue pénal.

Mais il n'y a rien d'étonnant à ces flottements de la jurisprudence, et d'après ce même auteur, ils s'expliquent facilement par la grande variété de formes que peut revêtir la participation (1).

En France, M. Bonnecasse prétend qu'il est impossible de donner une solution unique au problème qui fait l'objet de cette étude : « Il est cependant permis d'écarter comme inadmissibles deux des systèmes doctrinaux que l'on a proposés pour le résoudre et que nous avons exposés plus haut : celui qui reconnaît *au gérant* la propriété des apports dans le *silence* de la loi et en présence du caractère de l'association en participation qui est une véritable société ; on ne peut vraiment justifier cette transmission de propriété qui n'a pas sa raison d'être, le gérant n'a pas besoin d'un droit de propriété pour pouvoir spéculer sur les marchandises ou autres objets que lui ont confié les participants. Ce système ne peut être établi qu'à l'aide d'une disposition formelle de la loi comme en Allemagne.

« De même, on ne peut pas justifier dans l'état actuel de notre législation, la conception qui voudrait que les participants devinssent *ipso facto* propriétaires des biens *acquis par le gérant* avec *leurs* apports en argent

(1) Ce sont d'ailleurs toutes ces complications qui ont décidé le législateur belge de 1873 à modifier sur ce point le Code de commerce, en fixant les caractères de la société en participation et en plaçant à côté d'elle l'association momentanée.

ou le prix de vente des apports en nature primitivement effectués. Ce serait là un cas de subrogation légale qui n'est établi par aucun texte. »

Il reste en présence le système de la *copropriété* des apports et celui du *maintien, au profit des participants* qui les ont effectués, de la propriété des apports en nature.

Cette dernière théorie offre de grandes garanties aux associés et est acceptée par la grande majorité de la doctrine. Cependant, il n'est pas juste de prétendre que dans le cas de silence des parties, l'application de ce système doit toujours suppléer leur volonté.

Cette solution est bien admissible pour l'hypothèse où l'association en participation revêt la forme du type classique, dans lequel une personne vient s'intéresser par un apport au commerce d'une autre ; mais la *copropriété* doit être *présumée* quand la société en participation a pris le type de la *société ordinaire*, par exemple lorsque le fonds commun a été divisé en parts d'égale valeur correspondant à des versements effectués par les associés.

En résumé, M. Bonnecasse conclut que c'est au *juge* qu'il appartient de *décider* dans chaque espèce d'après la *structure* du groupement constitué sous forme d'association, mais il proteste contre l'inconvénient de ce grand pouvoir et proclame l'urgence d'une intervention législative.

D

Qu'il nous soit permis de protester à notre tour contre cette tendance au catalogage, à un classement trop précis ; une *intervention législative*, dans quel sens

aurait-elle lieu ? On ne l'indique même pas, elle n'aurait d'autre résultat que d'enfermer en des règles trop spéciales une société dont précisément un des caractères est d'emprunter ses éléments aux autres sociétés.

S'il faut une intervention législative, elle doit, selon nous, être faite dans le sens de la théorie du patrimoine d'affectation.

Nous savons, en effet, que toutes ces controverses n'ont d'autre source que la thèse de la personnalité civile, or, si on supprime celle-ci, on arrivera, ou à peu de choses près, au même résultat pour la participation que pour les autres sociétés.

Le soi-disant « capital social » n'est autre qu'un *capital d'affectation*, il peut tout aussi bien exister dans la participation que dans les autres sociétés, les apports des participants, en nature ou en numéraire, peuvent très bien constituer un patrimoine d'affectation gouverné par des règles propres comme le capital social d'une commandite.

Nous ne voulons pas nous étendre beaucoup sur cette question, elle dépasse peut-être le cadre de notre étude et rentre plutôt dans le domaine des études exclusives sur la personnalité, aussi nous contenterons-nous d'indiquer les solutions générales.

Cette constitution dans la participation d'un patrimoine d'affectation éviterait deux des inconvénients tout à fait illogiques que signalait, d'ailleurs avec raison, M. Bonnecasse : *celui* résultant de la théorie *attributive* de la *propriété* des *apports* au gérant, et *celui* créé par la conception qui voudrait que les participants devinssent, *ipso facto propriétaires* des *biens acquis* par le *gérant* avec *leurs* apports en argent.

Cette constitution n'a rien d'incompatible avec la nature

spéciale de la participation, on sait que celle-ci comporte très bien une mise en commun des apports dans le but d'exploiter une entreprise déterminée ; allons même plus loin, la participation n'est une véritable société *que* si elle comporte cette mise en commun, sinon elle reste purement et simplement un prêt avec participation aux bénéfices ; or, il nous semble que cette mise en commun n'est précisément *pas* caractérisée quand chaque participant conserve par devers lui la propriété de ses apports, elle nous semble d'autant mieux réalisée dans l'association que si elle implique une idée de copropriété, celle-ci est très compatible avec la participation. Or, le patrimoine d'affectation fera *toujours présumer* la *copropriété* des apports, il nous semble même le meilleur moyen d'arriver au même résultat que M. Bonnecasse, résultat qui lui paraissait le plus et le seul rationnel, lorsqu'il disait dans son étude que la copropriété devait-être présumée. Ce système nous semble aussi rationnel pour la société collective que pour la commandite occulte, puisqu'il y a *société* dans les *deux* cas.

Ce système n'a pas seulement un intérêt théorique, mais il a son utilité pratique.

Naturellement, cette affectation sera toujours *occulte*, sinon ce serait faire de la participation une commandite ou une société en nom collectif; la *situation du gérant* vis à vis des tiers ne sera *pas* changée, et ces derniers n'auront pour gage que ce dont le gérant aura la propriété apparente ; c'est ainsi que, comme nous le faisions déjà prévoir, le patrimoine de la participation pourra subir une *double affectation :* l'une publique, propriété exclusive du gérant au regard des tiers, l'autre occulte qui restera indivise entre les participants sans que les tiers puissent exercer sur elle leur droit de gage ; le

participant conservera ainsi tous les avantages résultant de la nature particulière de la participation.

Mais, *entre participants*, le patrimoine d'affectation supprime les nombreux inconvénients résultant du défaut de personnalité, et met les rapports des participants entre eux sur le même pied qu'au cas d'une commandite ordinaire ou d'une société en nom collectif. Il permet en somme à la participation de jouir des mêmes avantages qu'une société personne morale en ce qui concerne les rapports des participants entre eux.

C'est ainsi que, si la participation est régie par le principe d'affectation spéciale, la *perte* de l'apport, lorsqu'il aura eu lieu à l'occasion d'opérations intéressant la société, sera supporté non plus par son seul auteur, mais par la masse des associés, ce qui est beaucoup plus équitable et rationnel ; puisque tous les associés profitent de cet apport, il est juste qu'ils en subissent toutes les charges.

Au point de vue de la *contribution au passif*, le recours du gérant sera facilité, les participants ne pouvant plus se retrancher pour y échapper derrière la propriété exclusive qu'ils ont conservée de leur apport.

C'est ainsi que les créanciers *personnels* des *associés*, et c'est là une conséquence très importante du patrimoine d'affectation, ne pourront *plus* exercer leurs droits sur l'apport des participants *par voie de préférence* au gérant ; au contraire, l'apport n'étant plus la propriété de leur débiteur, mais de par son affectation étant le gage du gérant, les créanciers personnels des associés ne pourront exercer leurs droits sur cet apport *qu'après* le recours du gérant et *s'il reste quelque chose* après la contribution au passif de cette mise sociale. On évitera ainsi des conséquences absolument fâcheuses et injustes : un individu fait partie d'une participation, il reste parti-

cipant occulte, son apport est en nature, c'est, par exemple, l'immeuble dans lequel sont installés les ateliers d'une entreprise de teinturerie ; il gère mal ses affaires et *ses créanciers civils personnels* sont obligés de le saisir, si l'on admet qu'il a conservé la propriété de son apport, ces derniers peuvent s'emparer de l'immeuble en question et le faire vendre à leur profit ; cependant cet immeuble *a fait l'objet* d'autres engagements de la part d'autres associés, ceux-ci *ont compté sur lui* pour entrer dans la participation et quoique non responsables de la négligence ou même parfois de l'inconduite de leur associé, ils sont obligés d'en subir le contre-coup. Si, au contraire, on admet que l'immeuble fait partie du patrimoine affecté spécialement à la participation, on peut tout au moins forcer les créanciers personnels à exercer leur recours *d'abord* sur une *autre partie* de la fortune de leur débiteur.

On nous objectera certainement l'intérêt des créanciers personnels, pourquoi les sacrifier plutôt que les associés, ils n'ont pas eu connaissance de cette affectation occulte, on ne peut donc la leur opposer. Évidemment cette objection est sérieuse, nous pourrions faire la même réponse et dire : pourquoi sacrifier les *associés* plutôt que les créanciers personnels ? mais certaines raisons nous semblent militer en faveur des associés participants, il arrive souvent que des créanciers se voient opposer des clauses occultes ou tout au moins qu'ils ne connaissent pas. En outre, la situation des participants et des créanciers personnels n'est pas tout à fait la même, et pour les premiers à la différence des seconds, l'apport est cause directe de leurs engagements, ils ont donc sur lui plus de droits et d'une façon plus immédiate que les créanciers personnels.

Les inconvénients résultant de la faillite d'un participant ou du gérant, (pour la théorie attributive de la propriété des apports à ce dernier) seront de même évités.

Le participant ne produira *plus* à la faillite de son coassocié comme *créancier chirographaire* (1), *mais* comme *créancier privilégié* et aura un *droit de préférence* vis à vis des tiers. Enfin, si l'apport fait partie d'un patrimoine spécial, le participant, n'en ayant pas la propriété, ne pourra plus en disposer valablement et selon son arbitraire au plus grand préjudice des intérêts commerciaux de l'entreprise.

On le voit, par ces quelques observations, que nous regrettons de ne pouvoir approfondir davantage et qui pourraient faire à elles seules l'objet d'une étude des plus intéressantes, que la théorie du patrimoine d'affectation en même temps qu'elle supprime de multiples controverses est la seule véritablement rationnelle à l'égard de la nature sociale de la participation et la seule qui lui permette de jouir des mêmes avantages que les autres sociétés, dans la mesure où ils sont compatibles avec son caractère occulte.

III

Remboursement. — « Le participant doit contribuer au remboursement des sommes déboursées par le gérant ou un autre coparticipant pour le compte de la société, et supporter *pro parte* les obligations contractées de

(1) V. la jurisprudence avec la théorie de la personne morale, Rouen, 19 janv. 1844, (S., 44, 393) ; Paris, 17 nov. 1848 (S., 49, II, 200) ; *id*, 22 décembre 1865 (D., 66, II, 23) ; Poitiers, 13 juin 1870 (D., 70, II, 189) ; Dijon, 23 févr. 1885 (*R. S.*, 85, 699).

bonne foi pour les affaires sociales, article 1852, Code civil (1). »

IV

Risques. — Nous avons déjà étudié cette question au cours de notre étude sur la propriété des apports et savons que, suivant la règle, *res perit domino*, si les biens sont indivis entre les participants la perte est supportée par tous. Si le risque frappe un bien, acquis pour le compte de l'association au nom du gérant, et appartenant à ce dernier, il doit-être supporté par tous.

L'égalité doit régner entre les associés au point de vue de la répartition des risques (2).

De même, nous savons que, pour un bien dont l'associé reste propriétaire, la perte est uniquement à sa charge sauf au cas où elle provient de faits dépendant de l'opération pour laquelle est formée l'association (3).

Ces règles, d'ailleurs, n'ont rien d'absolu et les parties peuvent les modifier à leur gré.

§ 2. — *Rapports concernant la répartition des gains et pertes*

La répartition des gains et des pertes n'est régie par d'autres principes que la fantaisie des associés et leur volonté n'a d'autres limites que celles inscrites à l'ar-

(1) V. de Pelsmæker, n° 58.
(2) V. Houpin, n° 257 ; Poulle, n°s 161 et s. ; Lyon-Caen et Renault, n 1061.
(3) V. Poitiers, 8 décembre 1892, Cass., 27 juin 1894 (S.,1898, I. 460) ; Molinier, *Droit commercial*, n° 608 ; Poulle, n° 161 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1061.

ticle 1855 du Code civil, interdisant, sous peine de nullité du contrat d'association, l'attribution de tous les bénéfices à l'un des associés ou l'exonération de toute contribution aux pertes accordées à l'un des participants (1).

En cas de silence dans les conventions des parties sur la répartition des pertes et de la seule réglementation des bénéfices, cette omission ne rend pas le contrat nul, se basant sur la volonté présumée des contractants, la doctrine et la jurisprudence décident que le mode conventionnel de partage admis pour les bénéfices, doit être suivi pour la répartition des pertes (2).

Si les parties n'ont réglé ni le partage des bénéfices, ni la répartition des pertes, on applique les article 1853 et 1854 du Code civil et les parts dans les gains et les pertes sont *proportionnelles* aux mises.

Le principe de l'article 1853 du Code civil est absolu : il faut l'appliquer en toute hypothèse, que les apports soient faits en espèces ou en nature, qu'ils soient estimés ou non lors de la constitution de l'association (3).

Toutefois, l'article 1853 ne s'applique que lorsque les mises ont été déterminées ou opérées lors de la formation de la société (4).

Cependant, en l'absence de toutes conventions contraires, le gérant *peut*, lors de la contribution aux pertes,

(1) V. Trib. comm., Seine, 20 mai 1891 ; Paris, 16 juillet 1891 (*R. S.*, 1891, 451 et 542) ; Cass., 18 mai 1896 (D., 97, I, 249) ; Cass., 18 nov. 1895 (D., 1896, I, 34).

(2) Cass., 11 janv. 1865 (D., 65, I, 19) ; Paris, 17 juillet 1901, (*Le Droit*, 17 juillet 1901) ; D., suppl., V° Société, n°. 2004 ; Vavasseur, I, n° 136 ; Guillouard, n° 219.

(3) Laurent, XXVI, n°s 297 et s. ; Lyon-Caen et Renault, II, n°s 50 et s. ; Houpin, I, n° 120. — V. également Cass., 16 nov. 1886 (D., 1887, I, 391).

(4) V. Rennes, 29 avril 1881 ; Cass., 1 août 1883 (D., 1884, I, 357) ; Guillouard, n° 228.

poursuivre *l'un* quelconque des participants, pour le *tout* et *au delà* de sa mise; c'est là un des traits de la participation qu'il faut bien retenir, il caractérise nettement sa nature spéciale et la différencie de la commandite où les associés ne sont responsables *que* jusqu'à concurrence de leur rapport.

Nous avons déjà signalé cette différence (1), nous n'avons pas craint de la qualifier d'*illogique* dans les cas où la participation n'est qu'une *commandite occulte* : elle aboutit à des résultats déplorables quand un seul des participants, par suite de sa situation pécuniaire préférable à celle des autres participants, est poursuivi pour le tout, peu importe si le recours qu'il exerce ensuite contre ses coassociés, est illusoire en face de leur insolvabilité.

Il arrive même fréquemment, dans la pratique, nous disait un avocat-conseil de Paris, que certaines personnes ayant en vue une bonne affaire, mais dont la réussite est périlleuse, s'associent en participation et tâchent d'attirer dans leur association un capitaliste autant riche que bénévole; en cas de malchance ils en sont quittes à bon compte au détriment de leur associé plus fortuné.

Ce caractère de la participation donne lieu ainsi à des manœuvres plus ou moins correctes et qui n'ont n'autre garde-fou contre les poursuites judiciaires que le talent plus ou moins subtil des juristes qui en sont les auteurs. La théorie du patrimoine d'affectation permet d'effacer facilement cette conséquence de la participation en mettant les participants, quant aux rapports qu'ils ont entre eux, sur le même pied que les commanditaires, en ne les faisant plus contribuer aux dettes que dans *la*

(1) V. *suprà*, p. 106.

limite de leur apport, en l'absence de toute clause expresse ; la responsabilité limitée, telle serait alors la *règle* pour les participants.

A l'origine de la participation, dans le droit italien (1), le participant n'était responsable que jusqu'à concurrence de sa mise ; mais la théorie de la personnalité morale n'avait pas encore pris naissance, elle devait faire disparaître cette conséquence très logique admise par le droit italien, en basant la responsabilité non plus sur l'idée d'affectation, mais sur une idée de patrimoine social, entité juridique dont ferait partie l'apport de chaque participant.

Enfin, actuellement, la jurisprudence considère le participant tenu d'une responsabilité *illimitée* vis à vis du gérant et de ses coparticipants, ce n'est guère qu'une intervention formelle du législateur qui pourrait remédier à cet état de choses.

On a objecté les principes généraux: quiconque s'oblige, s'oblige sur tous ses biens, la loi restreint la responsabilité du commanditaire et elle ne restreint pas celle du participant, les règles dérogatoires au droit commun sont d'interprétation stricte. Sans doute, mais c'est avouer que *rationnellement* cette différence n'a *pas* raison d'être, elle n'a pas sa source dans le caractère occulte de la participation et le commanditaire s'oblige au même titre que le participant (2).

Les parties peuvent, il est vrai, limiter par conventions leur responsabilité, et M. de Pelsmæker cite comme exemple le fractionnement du capital en parts au porteur, mais la validité de ce procédé n'est pas admise et il

(1) V. *suprà*, p. 38.
(2) V. en ce sens, Houpin, n° 265; Dalloz, suppl., *Société*, n° 2022 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1065 ; Poulle, n° 209.

n'en reste pas moins vrai que si cet inconvénient peut être atténué, il subsiste au cas de silence ou d'obscurité des conventions ; cet inconvénient existe non seulement en théorie, mais en pratique, nombre de participations étant constituées, surtout dans la forme momentanée, en trop grande hâte et sans précautions suffisantes, il disparaît avec la théorie d'affectation spéciale.

En admettant cette théorie on évite également les controverses qui se produisent sur le point de savoir si la perte provenant de l'insolvabilité d'un participant doit être supportée par tous les associés, la répartition de la perte entre tous ces derniers devient la *règle* en admettant l'existence d'un patrimoine affecté spécialement (1).

§ 3. — *Des sous-participations et du droit de céder la part sociale*

L'associé peut, de l'assentiment de tous les participants, se substituer une autre personne en son lieu et place.

« Cette substitution, si elle n'est pas réglée conventionnellement, exige l'adhésion de *tous* les associés, car elle implique une modification au pacte social. L'adhésion peut être expresse ou tacite » et, d'après M. de Pelsmæker elle résulterait implicitement de la création de parts d'intérêts négociables.

Mais le fait de souscrire à une émission de parts bénéficiaires, n'équivaut pas précisément à l'assentiment de tous les participants, il ne faudrait pas voir là un

(1) La majeure partie de la doctrine et la jurisprudence estiment que l'insolvabilité d'un associé doit être répartie entre tous les associés solvables ; Pont, n° 1838 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 1066 ; Houpin, I, n° 266 ; Baudry-Lacantinerie, *Société*, n° 220 ; Guillouard, n° 176; Pandectes, V° Société, n° 2198.

argument en faveur de la validité des parts bénéficiaires ; si la loi exige l'adhésion de tous les associés pour la cession en tout ou en partie des droits du participant, c'est que la participation est avant tout, une société de personnes et il faut bien se garder de la transformer en société par actions.

Mais, s'il ne peut opérer une subtsitution totale de personne, l'associé peut du moins, sans l'assentiment des autres associés, vendre ses droits dans l'association ou s'associer avec un tiers, un *croupier*, relativement à ses droits sociaux (1), mais sans l'associer à la société (art. 1861. C. civ.). C'est ce qu'on appelle une sous-participation.

Ce contrat et l'autre qui consiste à céder sa part sociale avec assentiment général des associés produisent des effets entre les parties, vis à vis de la participation principale, vis à vis des créanciers du cédant.

Entre les parties, s'il y a cession, le cessionnaire a les droits et les obligations d'un acheteur. S'il y a sous-participation, le croupier a, vis à vis de son co-contractant, les droits et obligations d'un associé.

« Le cessionnaire n'a pas d'action en garantie contre le cédant à raison du fait que les membres de la participation principale refusent de l'agréer : le cédant ne peut être garant que de son fait personnel et le cessionnaire devait savoir que pour entrer dans la participation, l'assentiment des autres associés était indispensable (2). »

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, 115. Nous ne ferons d'ailleurs pour cette question que commenter et reproduire, ou à peu de choses près, les observations de cet auteur sur la question, ne lui donnant pas toute l'extension qu'elle devrait comporter dans une étude qui n'aurait d'autre but qu'elle seule.

(2) Cf. Paris, 25 février 1893 (*Gaz. Pal.* 1893, I, 576); Pont, I, n° 629.

« Le cédant est tenu de consulter son croupier associé pour les opérations sociales : il doit lui rendre compte, mais il ne saurait être responsable vis à vis de lui, si dans la participation principale, il a agi au mieux des intérêts communs et n'a commis aucune faute.

La dissolution de la participation entraîne la disparition de la chose accessoire (1). »

Vis à vis de la participation principale : le croupier ou le cessionnaire non agréés demeurent des étrangers pour l'association principale, au regard de laquelle le cédant continue d'être toujours le seul associé. Le cessionnaire et le croupier n'auront donc aucun droit à exercer vis à vis de la participation principale sauf ceux résultant de l'article 1166 du Code civil, ils ne pourraient du reste être poursuivis par les associés principaux que par la même voie (2).

Le croupier peut se mêler aux affaires de la société ; s'il le fait comme mandataire des participants, il doit rendre compte de sa gestion ; s'il n'agit pas comme mandataire, il est considéré comme préposé du cédant et ce dernier est responsable vis à vis des coparticipants, des faits et des fautes du croupier (3).

Vis à vis des créanciers du cédant : « Si l'associé vend les biens qui, quoique compris dans la participation, ont continué à lui appartenir, l'acquéreur acquiert la propriété par le seul effet de la vente ; aucune signification n'est

(1) V. de Pelsmæker, 116, et Montpellier, 23 juin 1884, Cass., 1er mars 1886 (D., 1887, I, 65 et la note de M Thaller).

(2) V. en ce sens : Cass., 8 juillet 1887 (*R. S.*, 1887, 472) ; Orléans, 25 mai 1888 (S., 89, II, 155) ; Paris, 7 déc 1892 (*R. S.*, 1893, 131); Paris, 14 janv. 1893 (S., 94, II, 269) ; Paris, 25 février 1893 (*Gaz. Pal.*, 1893, I, 576) ; — Lyon-Caen et Renault, II, n° 271 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Société, n° 239.

(3) Pont, I, nos 629 et s. ; Guillouard, n° 262 ; — Contra : Beaudry-Lacantinerie, *op. cit., loc. cit.*, n° 226.

nécessaire. Si l'associé vend les droits qu'il a contre le gérant, notamment le droit de toucher une part des bénéfices éventuels, cette cession portant sur un droit de créance conditionnelle, doit être signifiée au gérant dans les conditions de l'article 1690 du Code civil (1). »

« Quant au croupier, il n'a, à l'encontre des créanciers personnels de son coassocié, ni droit de privilège, ni droit de préférence. La créance des bénéfices qu'il a contre son coassocié est purement chirographaire (2).

Section III. — *Des rapports du gérant et des associés avec les tiers*

Si les rapports qui existent dans la participation entre associés et gérants ne revêtent, pour la plupart (3), aucun caractère d'originalité et sont semblables à ceux qui régissent toute société commerciale, il n'en est pas de même en ce qui concerne la « vie extérieure de la participation » ; les rapports du gérant et des associés avec les tiers sont essentiellement *différents* de ceux qui existent entre les mêmes individus dans les autres sociétés commerciales ; toute la différence qui les sépare ne devrait, en théorie, dériver que de la nature occulte de la participation, mais actuellement, jurisprudence et doctrine, ou tout au moins une grande partie

(1) V. Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, nos 133, 197, 198, 306 et s.

(2) Troplong, *Société*, nos 767 et 864 ; Vavasseur, nos 210 et 211.

(3) Si nous disons « pour la plupart », c'est parce que quelques-uns de ces rapports diffèrent dans la participation de ceux admis dans les autres sociétés, comme par exemple la responsabilité indéfinie des participants vis à vis du gérant ou de ses coassociés.

de cette dernière, la font dériver également d'un autre caractère qu'elles attribuent à la participation : le défaut de personnalité.

Nous connaissons déjà les conséquences que les partisans de cette théorie en ont déduit pour la participation, nous en avons fait la critique, mais puisque notre but est non seulement d'indiquer les solutions qui nous semblent les plus rationnelles, mais aussi celles admises actuellement dans la pratique, nous exposerons les rapports des participants et du gérant avec les tiers, tels que les conçoit la jurisprudence, mais d'une façon plutôt brève afin d'éviter des redites (1).

A) Dans une société ordinaire, les créanciers sociaux ont un *droit de gage* sur le fonds social et même un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des associés, il n'en est pas ainsi en matière d'association en participation : les tiers n'auront d'autre sûreté que le patrimoine de l'associé avec lequel ils ont traité et d'autre part, ils n'ont aucun droit de préférence sur ce patrimoine et sont réduits à subir le concours des créanciers personnels dudit associé (2).

Tout d'abord, les tiers n'ont d'autre gage *que* le patrimoine de l'associé avec lequel ils contractent, mais ils ont *tout* ce gage. A cela, rien d'irrationnel, c'est là.

(1) V. *suprà*, première partie, section IV.

(2) Orléans, 10 août 1885 (*R. S.*, 86, 201 ; Dijon, 23 février 1885 (*R. S.*, 85, 699) ; Trib. de la Seine, 5 août 1891 (A. C., 92, 225) ; *Id.*, 28 sept. 1898 (P., 1902, II, 33 ; A. C., 1899) ; Paris, 5 décembre 1900 (*R. S.*, 1901, 167) ; Trib comm , Lyon, 11 nov. 1902 (A. C., 1903, 70) ; Lyon, 12 juin 1903 (A. C., 1904, 22) ; Toulouse, 30 juin 1905 (D., 1906, V, 8 ; A. C., 1906, II, 13) aux termes de laquelle décision les tiers qui ont traité avec un participant n'ont d'action que contre lui et ne peuvent rien réclamer aux autres participants, alors même que ceux-ci auraient profité de l'opération ; Lyon, Trib. comm., 20 juillet 1905 (*R. S.*, 1906, 253). — V. Lyon-Caen et Renault, II, n° 1056 ; Rousseau, II, n° 1772 ; Poulle, nos 226 et s. ; Vavasseur, I, n° 315 ; Houpin, I, n° 251 ; Thaller, n° 375, 4°.

une conséquence du caractère occulte de la participation et non de son prétendu défaut de personnalité, les tiers traitent avec un individu qui n'est vis à vis d'eux qu'un simple particulier, on ne comprendrait pas qu'ils aient d'autre garantie que la seule fortune dont il est propriétaire ; mais, comme la *cause* de leurs engagements vis à vis du gérant est le *gage* que celui-ci leur offre apparemment, les tiers ont un privilège sur tout ce dont le gérant a la propriété apparente ; or, très souvent, la propriété de certains objets est transférée au gérant, ils constituent donc le gage des créanciers de ce dernier.

Si même la chose dont le gérant a reçu la propriété par l'acte social n'a *pas encore* été livrée, les tiers peuvent la revendiquer, soit contre l'associé qui a transféré la propriété de la chose, soit même contre les tiers auxquels ils l'auraient indûment transmise ; remarquons seulement qu'ils pourront se heurter soit à l'exception de l'article 2279 en matière mobilière, et en matière immobilière, à celle tirée du défaut de transcription, si le second acquéreur a fait transcrire son titre avant que le gérant n'ait fait transcrire le sien (L. 23 mars 1855).

En second lieu, les tiers n'ont aucun droit de préférence sur le patrimoine de l'associé, gérant ou non, avec lequel ils ont contracté : ils viennent à titre de simples créanciers de l'associé (1) ; ces créanciers peuvent même être des coparticipants. Quant à cette seconde différence entre la participation et les autres formes sociales, elle vient uniquement de la théorie de la personnalité ; à envisager l'hypothèse la plus courante, celle de la participation commandite, il n'y a pas de raison, en théorie,

(1) V. Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, nos 300 et s.

pour mettre sur un pied d'inégalité les créanciers du commandité et ceux du gérant (1).

B) De ce que l'association en participation n'a pas d'existence à l'égard des tiers, il résulte encore qu'en principe, les tiers n'ont *point d'action directe* contre les participants avec qui ils n'ont *pas* traité, ces participants n'ont contracté envers eux aucune obligation (2).

Cette conséquence dérive directement et uniquement du caractère occulte de la participation, elle n'a rien que de très logique et de très naturel. A plus forte raison, et toujours par rigoureuse déduction du caractère occulte de la participation, les associés en participation ne sont pas solidairement tenus des engagements contractés par la société, s'il n'y a convention particulière entre eux à cet égard (3).

Il en serait ainsi, alors même que les participants auraient profité de l'engagement. Il ne saurait être question d'action *de in rem verso*, l'article 1964 du Code civil étant inapplicable en la matière, puisque la participation est essentiellement occulte et ne constitue pas une société à l'égard des tiers (4).

(1) V. *suprà*, première partie, section IV.

(2) V. Cass., 21 mars 1876 (S., 79, I, 454) ; *id.*, 26 août 1879 (D., 80, I, 120) ; *id.*, 30 mars 1885 (S., 86, I, 167) ; Seine, 5 août 1891, précité ; Cass., 21 juillet 1893 (S., 96, I, 284) ; Trib. comm., Seine, 28 sept. 1898 (*Gaz. Trib.*, 8 nov. 1898) ; Lyon, 12 juin 1903, précité ; Toulouse, 30 juin 1905, précité et les renvois ; Lyon, 20 juillet 1905, précité. Lyon-Caen et Renault, II, n° 1062 ; Houpin, I, n° 270 ; Rousseau, II, n° 1815.

(3) Cass., 10 août 1875 (S., 76, I, 121) ; 30 mars 1885 (D., 86, I, 110) ; Rennes, 4 mars 1880 (S., 81, II, 265) ; Cf., Savary, *Le Parfait négociant*, I, 2e part., I, ch. I ; Pothier, *Contr. de soc.*, n° 102 ; Vavasseur, I, n° 330 ; Lyon-Caen et Renault, n° 1062 ; Houpin, I, n° 253 ; v. également de Pelsmæker, *op. cit.*, n° 95 pour le cas où plusieurs associés, tels deux gérants, figurent conjointement au contrat passé avec les tiers.

(4) V. Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, nos 310 et s. ; de Pelsmæker, n° 96.

Il ne pourrait en être autrement que si les participants qui n'ont pas traité avec les tiers avaient *ratifié* les opérations, ou encore s'étaient *immiscés* dans ces opérations, ou encore s'il était de notoriété publique qu'ils doivent être considérés comme des *associés* du gérant.

Certains ont pensé que les tiers pouvaient avoir une action contre les coparticipants, si le gérant s'est présenté *nomine sociali*, mais cette hypothèse ne peut même exister, il est de l'essence de la participation que le gérant traite en son propre nom, dès qu'il le fait autrement, il n'y a plus participation (1).

Dans tous les cas, les tiers pourront toujours invoquer l'article 1166 et exercer les droits de leur débiteur contre les associés (2).

Mais cette action oblique ne procède point d'une obligation sociale, elle ne peut être exercée que dans les limites des conventions qui lient les participants au maître de l'affaire (3).

D'autre part, les créanciers ne peuvent pas atteindre les coparticipants par une action réflexe comme exerçant les droits de leur débiteur, alors que la cause de la créance se rattache, de la part de ce dernier, à une spéculation personnelle étrangère à la participation dont il était le gérant (4).

C) Il est des cas exceptionnels où les tiers ont une

(1) V. Fuzier-Hermann, nos 818 et s. ; de Pelsmæker, nos 96, 123, selon lequel également, et avec entière raison « le gérant en stipulant *nomine sociali* se met en contradiction et avec le caractère légal de la participation et avec la volonté formelle de ses co-associés ».

(2) Sous l'action oblique que les créanciers de l'associé directeur peuvent exercer contre les participants du chef de leur débiteur, v. Lyon-Caen et R., II, n° 1062 ; Vavasseur, n° 322 ; Houpin, I, n° 270; Poulle, n° 267.

(3) V. les mêmes auteurs que dans la note précédente.

(4) Cass., 31 juillet 1893 (S., 96, I, 384).

action directe contre les participants, cette question a été traitée tout au long dans les ouvrages déjà cités (1), nous ne nous y attarderons donc pas outre mesure en nous bornant plutôt à un résumé des différentes solutions sur la matière.

« On peut supposer tout d'abord que le gérant, associé ou étranger, a obtenu un *mandat* régulier des coparticipants : s'il se présente aux tiers investi de ce mandat en leur désignant nommément ses mandants, il n'est pas douteux que les tiers auront contre eux une action directe tirée du mandat (2).

« Les associés en participation, par exemple, ont pu vouloir user de leur crédit commun pour mener à bonne fin une opération qui intéresse la société : les affaires entreprises nécessitant un emprunt important, et le gérant n'offrant pas assez de garanties pour obtenir en son nom seul une avance aussi considérable, les participants s'obligent alors tous ensemble ; cet engagement conjoint ayant un caractère commercial sera *par cela même solidaire* (3) ».

D'un autre côté, les participants peuvent être poursuivis directement d'une façon solidaire, si les circonstances permettent de décider que les participants ont entendu s'engager *collectivement* (4).

(1) V. notamment de Pelsmæker, section I du titre III, 119 et s. ; n° 98 où cet auteur envisage plus spécialement l'action directe née au profit des tiers de la faute délictuelle ou quasi-délictuelle des participants.

(2) Cass., 10 août 1875 (S., 76, I, 121 ; D., 77, I, 110) ; 3 déc. 1890 (S., 94, I, 389, D., 91, I, 117) ; Cass., 19 avril 1875 (S., 75, I, 250).

(3) Cass., 10 août 1875, précité ; Poitiers, 19 juillet 1894 (D., rép., suppl., v. Société, n° 2069 ; C. f., Lyon-Caen et R., II, n° 1063 ; Poulle, n° 255.

(4) Aix, 16 mai 1868 (S., 70. II, 332) ; Poitiers, 6 avril 1870 (D., 70, II, 192) ; *sic*, Vavasseur, I, n° 322 ; De Folleville, 62 et s. ;

Le cas le plus fréquent d'action directe se présente lorsque le participant a commis des actes d'immixtion et n'est pas resté dans le rôle purement passif que la nature de la participation lui imposait.

Les participants sont tenus solidairement lorsqu'ils ont commis des actes *d'immixtion* de nature à faire croire qu'ils s'engageaient collectivement. La participation ne fait d'ailleurs, ici, que rendre publique sa forme occulte ; de commandite occulte, elle devient commandite publiques par le fait de cette immixtion, de société collective cachée, elle devient société en nom collectif ordinaire.

Or, pour la commandite, notamment, aux termes des articles 22 et 28 du Code commercial, le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion sans s'exposer à être déclaré solidairement responsable de tout ou partie des engagements sociaux ; il en sera de même pour le participant (1), en vertu d'ailleurs d'un principe bien simple, que nous avons maintes et maintes fois signalé, parce qu'il fait espérer aux tiers sa garantie personnelle en agissant conjointement avec le gérant.

Enfin, il est un dernier cas où les tiers peuvent poursuivre les participants, lorsque ceux-ci ont *ratifié* les actes du gérant. « Il en serait ainsi s'il était établi, en fait, que ceux-ci, indépendamment des pouvoirs étendus d'administration par eux conférés à l'associé qui a contracté, notamment, un emprunt avec un tiers, ont

Cass., 10 août 1875, précité ; Cass., 23 juillet 1877 (S., 77, 1, 405).

(1) Aix, 16 mai 1868, précité ; Poitiers, 6 avril 1870, précité ; Montpellier, 20 avril 1891 (S., 92, II, 76) ; Douai, 15 juillet 1892 (*Le Droit*, 3 nov. 1892) ; Trib. comm. Lyon, 11 nov. 1902 (A. C., 1903, 70). — *Sic*, Pont, II, n° 1797 ; Vavasseur, I, n° 322 ; Poulle, n° 245.

connu l'emprunt par lui fait... ont donné leur assentiment au versement des fonds dans la caisse sociale... ont approuvé, et ratifié l'opération... ont payé les intérêts échus, après la mort de leur associé... et sont devenus emprunteurs pour leur propre compte et engagés personnellement (1). »

D) De même que les tiers, ordinairement, ont action contre le seul associé ou gérant qui traite avec eux, de même le *coparticipant* ou le *gérant* qui a traité avec eux a seul action contre eux. La participation restée inconnue, demeure innopposable aux débiteurs, qui repousseraient avec succès les poursuites dirigés contre eux par les associés (2).

« Les tiers ne peuvent repousser l'action intentée par leur cocontractant, sous prétexte que ce dernier a agi non pour son compte personnel, mais pour le compte d'une association ; ils ne peuvent forcer le cocontractant à mettre en cause ses coassociés : les rapports existant entre les participants sont pour les tiers *res inter alios acta* » (3).

Cependant, les participants créanciers du gérant peuvent se prévaloir de l'article 1166 du Code civil et exercer les droits et actions de leur débiteur : le gérant, contre les tiers. De plus ils auront action contre les tiers, lorsque le gérant aura traité à titre de mandataire (4).

(1) V. Cass., 30 mars 1885 (S., 86, I, 167 ; D., 86, I, 110 ; P., 86, I, 390).

(2) Vavasseur, I, n° 322 ; Poulle, nos 277 et s. ; Lyon-Caen et R., II, n° 1062.

(3) de Pelsmæker, n° 107. *Adde* Vavasseur, I, n° 322 ; Poulle, nos 277 et s.

(4) V. Pont, VIII, n° 1854 ; Poulle, nos 284 à 286.

CINQUIÈME PARTIE

DISPARITION DE LA PARTICIPATION ET SES CONSÉQUENCES

Section I. — *Disparition de la participation*

La participation peut prendre fin : 1° parce qu'elle est *dissoute* ; 2° parce qu'elle est *annulée* ; 3° parce qu'elle est *résiliée*.

§ 1. — *Dissolution*

On distingue généralement parmi les causes de dissolution : 1° celles qui agissent de *plein droit* ; 2° les causes de dissolution purement *facultatives* ; 3° *la dissolution judiciaire* (1).

I) En ce qui concerne les premières, la participation prend fin :

1° Par *l'expiration du temps* pour lequel la société a été contractée (art. 1865, 1°, Code civil) ;

(1) Pour l'étude détaillée de ces diverses causes, v. Fuzier-Hermann, *Rép.*, V° Société civile, n^os^ 585 et s. ; et V° Sociétés commerciales, n^os^ 423 et s.

2° Par *l'extinction de la chose*, mais seulement par sa perte totale, sinon il ne pourrait y avoir lieu qu'à dissolution judiciaire (1) ;

3° Par la *perte de l'apport*, dont la propriété ou la jouissance ont été promises, avant que la mise en commun n'ait eu lieu (art. 1867).

4° Par la *consommation* de la négociation pour les participations momentanées ;

5° La *mort naturelle* de l'un des associés est-elle une cause de dissolution de la société ? La question a fait l'objet de controverses, les uns ont admis l'affirmative, d'autres la négative ; pour notre part, nous pensons que la question ne peut pas être résolue d'une façon générale et absolue.

On sait en effet que la participation n'a pas une forme à elle propre et qu'elle n'est au fond qu'une modalité occulte, tantôt de la société en nom collectif, tantôt de la commandite. Quand la participation revêt la première forme, celle de la société *en nom collectif*, indubitablement, le décès d'un associé entraîne sa dissolution (art. 1865, 3°, Code civil) : le contrat a été formé entre telles personnes, l'individualité de chacune d'elles a été la cause de l'entrée des autres dans l'association, dès que l'une d'elles disparaît, le contrat doit prendre fin puisqu'une des raisons de sa formation n'existe plus.

Que décider quand la participation revêt la forme de la commandite ?

« En ce qui concerne les sociétés de personnes », nous dit M. J. Hémard, (dans une note (2), où il examine

(1) V. Cass., 17 avril 1838 (S., 38, I, 845).
(2) M. J. Hémard, *Note sous Cass.*, 23 octobre 1906 (S., 1908, I, 177).

spécialement la question de savoir si, dans les sociétés en général, la continuation tacite de la société est possible après la mort d'un des associés et si cette continuation tacite, une fois admise, s'opère même à l'égard des héritiers mineurs), « on s'explique parfaitement que la société civile et la société en nom collectif soient dissoutes, en l'absence d'une clause contraire, par la mort d'un associé. On le comprend également pour la société en commandite simple, en cas de décès d'un *commandité*; mais les motifs qui justifient la dissolution apparaissent moins forts et moins valables quand c'est un *commanditaire* qui disparaît. Toutefois on admet généralement que la mort de l'un des commanditaires est une cause de dissolution de la commandite (1). Mais, au point de vue législatif, la solution contraire nous semblerait plus juste et préférable (2).

« On votera que les sociétés à capital variable, qui revêtent la forme de sociétés en nom collectif ou de sociétés en commandite, ne sont point dissoutes par la mort de l'un des associés, en vertu de l'article 54 de la loi du 24 juillet 1867 (3). »

Nous partageons absolument cette dernière façon de voir, nous l'appliquons à la participation et pensons avec certains auteurs et certains arrêts « que la participation *ne doit pas* se dissoudre quand l'associé qui vient

(1) Pardessus, *Cours de dr. comm.*, III, nos 1056 et suiv. ; Pont, *op. cit.*, II, no 1895 ; Deloison, *Traité des soc. comm.*, I, no 86 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de dr. comm.*, 2e éd., I, 415 ; Lyon-Caen et R., 3e éd., I, no 229 ; Arthuys, *op. cit.*, II, no 732 ; Rousseau, *op. cit.*, I, no 1041 ; Fuzier-Hermann, Vo Sociétés commerciales, no 1873 ; Pand, *Rép.*, Vo Sociétés, nos 7610 et s.

(2) V. Alauzet, *Comment. du C. comm.*, 3e éd., II, no 472 ; Guillery, *Des soc. comm. en Belgique*, II, no 471 et III, no 1087 ; Vavasseur, *op. cit.*, I, no 223. *Comp.* C. comm. allemand, § 177 ; C. féd. suisse des oblig., art. 611, al. 2.

(3) V. Lyon, 27 février (*J. des Trib. de comm.*, 1902, 847).

à décéder, simple bailleur de fonds, *a seulement fourni des capitaux*, sans avoir été personnellement chargé d'aucune opération sociale, d'aucun travail personnel qui ne pourra plus être exécuté (1) ».

Quoi qu'en pense M. de Pelsmæker (2), on ne peut poser en principe que la participation est *toujours* une société de personnes, elle peut l'être, mais *elle ne l'est pas nécessairement*; au cas de commandite occulte, la personnalité du participant passe au second plan, il n'est qu'un *bailleur de fonds* et cette qualité absorbe son individualité ; la meilleure preuve en est que le participant commanditaire doit rester dans l'ombre et ne pas s'immiscer dans la gestion, ce n'est donc pas à son concours personnel qu'on fait appel, mais *uniquement* à celui de ses capitaux ; aussi rejetons-nous comme fausse l'opinion de la majorité de la doctrine, qui voit « dans toute association en participation, une société formée en considération des personnes et qui reconnaît à la mort d'un associé l'effet de dissoudre la participation (3). »

Ce dernier effet ne peut se produire, selon nous, qu'au cas de participation sous forme de société en nom collectif occulte ; quand elle revêt la forme de la commandite, la participation n'est plus qu'une société de capitaux.

(1) V. Bordeaux, 29 juillet 1862 (S. 1863, II, 31 ; P., 1863, II, 863) ; — Pardesus, *op. cit.*, III, n° 1058 ; Delangle, *Des soc. comm.*, II, n° 645, 319 ; Alauzet, *op. cit.*, II, 474 ; Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 325 ; Rousseau, *op. cit.*, II, n° 3052; Guillery, *op cit.*, III, n° 1087.

(2) De Pelsmæker, n^{os} 112, 144.

(3) Pothier, *De la société*, IV, n° 144 ; Pont, *op cit.*, II, n^{os} 1775 et s. ; Deloison, *op. cit.*, II, n° 561 ; Poulle, n° 301 ; Bédarride, *Des sociétés*, I, n° 67 *bis* ; Lyon-Caen et R., II, n° 1067 ; Houpin, I, 272 ; Arthuys, II, n° 732, 199 ; de Pelsmæker, n° 112 ; Adde, la note sous Cass., 1er mars 1886 (S., 89, I, 468. – P., 1889, I, 1171) ; et Fuzier-Hermann, V° Société en participation, n° 352 ; Pand, *Rép.*, *eod. verb.*, n^{os} 626 et s.

Dans tous les cas, l'acte qui constitue la société en participation peut très bien porter que la société continuera, malgré la mort d'un associé, soit entre les associés survivants, soit même avec les héritiers du prédécédé (1).

Avec M. Hémard, nous pensons que, notamment pour la participation, une stipulation expresse de continuation de la société avec les héritiers n'est pas nécessaire (2), et qu'elle peut résulter facilement de l'objet que poursuit la société. « Cet objet peut être tel qu'il soit nécessaire qu'elle se continue, en dépit du décès d'un ou plusieurs associés, pour pouvoir atteindre son but, parce que par sa nature, cet objet ne comporte pas d'interruption » (3). La continuation de la société peut encore résulter de circonstances de fait postérieures au décès de l'un des associés, M. Hémard admet également que la continuation implicite résultant de l'objet de la société produit effet à l'égard des héritiers aussi bien mineurs que majeurs ; en effet, elle est un droit et une charge de la succession, le sort du mineur n'est d'ailleurs pas compromis par suite du bénéfice d'inventaire ; mais, avec l'état actuel de la législation, il n'est pas possible de convenir que la société se continuera de fait avec les mineurs après le décès d'un des associés (4).

6° En ce qui concerne l'*interdiction* nous appliquerons les mêmes règles que précédemment pour la mort naturelle.

(1) V. Caen, 8 mars 1842 (S., 1842, II, 337 ; P., 1843, II, 41) ; Comp. Cass., 10 nov. 1847 (S., 48, I, 5).

(2) V. Cass., 10 nov. 1847, précité ; Guillouard, *Tr. du contr. de société*, n° 297 : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société*, n° 391 ; Thaller et Pic, *Des soc. comm.*, I, n° 600 ; Houpin, I, n° 138 ; Arthuys, II, n° 727.

(3) J. Hémard, *loc. cit.* (S., 1908, II, 178, 1re colonne).

(4) V. note précitée de M. Hémard, *loc. cit.*, 180. — Dans un acte de société en participation, la clause d'après laquelle, au cas de

7° Quant à la *faillite*, comme cause de dissolution, on n'admet pas en général qu'elle puisse être prononcée pour la participation elle-même, par suite de son défaut de personnalité morale (1). Mais, de même que la déconfiture, elle peut avoir lieu pour l'un des associés.

Si l'un des associés tombe en faillite *avant* que la société ait commencé ses opérations, on admet en général que le contrat est *purement et simplement résolu* ; la société ne fait aucun acte et on procède à la liquidation et au partage comme si toutes les opérations avaient été effectuées.

Si l'un des associés tombe en faillite *alors* que la société a *commencé* de fonctionner, on s'accorde alors pour distinguer : si c'est le gérant, la société est dissoute immédiatement et la liquidation doit s'opérer assitôt ; si au contraire, c'est un membre inactif, alors la faillite entraîne bien la dissolution de l'association, mais n'empêche pas les opérations de s'achever (2).

La faillite peut intervenir une fois les opérations consommées ; le plus souvent l'association aura été dissoute à ce moment, mais il peut se faire que le failli soit encore investi des objets des participants, soit en nature, soit simplement en valeur : dans le premier cas, les participants sont admis à revendiquer ; dans le second, ils ne viennent dans la faillite qu'à titre de créanciers chirographaires (3).

mort de l'un des intéressés, l'exploitation sera continuée avec ses héritiers, s'étend à un tiers intéressé comme croupier n° 360 ; de Pelsmæker, en sous ordre. (Cass., 1er mars 1886 (P., 1887, I, 425).

(1) V. en ce sens, Fuzier-Hermann, V° Société en participation, n° 360 ; de Pelsmæker, n° 116 et *contra*, Paris, 4 mars 1891 (D., 92, II, 281).

(2) Poulle, nos 321 et s. ; De Folleville, 55 et s. ; Cass., 18 avril 1893 (S., 96, I, 339). *Contra*, Pardessus, n° 1066.

(3) Poulle, nos 323, 324.

Dans toutes ces hypothèses, d'ailleurs, la liberté des conventions permet aux participants d'éviter la dissolution, soit qu'il soit spécifié que l'association continuera malgré la faillite ou la déconfiture d'un des participants, soit que cela résulte des clauses du contrat (1).

Sans entrer dans de plus amples détails (2), nous ferons simplement remarquer que les principes que nous énoncions plus haut à propos de la mort naturelle de l'un des associés doivent rationnellement s'appliquer tout aussi bien quand il s'agit d'un participant inactif, commanditaire occulte, dont le rôle est celui d'un simple bailleur de fonds, frappé soit de faillite, soit de déconfiture ; la discussion est la même et nous pensons, pour notre part, que lorsque la faillite ou la déconfiture du bailleur de fonds occulte est absolument *étrangère* à la partiticipation, le lien social n'en doit pas moins persister (3).

II. La *dissolution peut être facultive*, comme pour toutes les autres sociétés, quand la participation est à durée illimitée, par la volonté d'un seul ou de plusieurs associés (art. 1865, 5°, art. 1769 du Code civil) (4).

III. La *dissolution judiciaire* est également possible quand la participation est à durée limitée, lorsque, par exemple, les associés ont à se plaindre du gérant (art. 1871 du Code civil) (5).

(1) Houpin, n° 272.

(2) Pour plus de détails sur la faillite dans la participation, v. de Pelsmæker, n^{os} 116 et s.

(3) En ce sens, Vavasseur, I, n° 325 ; Rousseau, II, n^{os} 1833 et 1834 ; Guillery, *Traité des soc. comm.*, III, n° 1087.

(4) Il peut être convenu dans une participation à durée illimitée qu'un associé pourra se retirer quand bon lui semblera, sans que pour autant, il y ait dissolution (Rennes, 26 févr. 1867, sous Cass., 13 juillet 1868 (S., 68, I, 449).

(5) V. Paris, 16 mai 1889 (*R. S.*, 1890, 78).

§ 2. — *Nullité de la participation*

La participation prend fin quand elle est annulée pour les causes communes à toutes les conventions, telles que vices du consentement, défaut de capacité des contractants (1), violation de l'article 1855 du Code civil, etc. (2).

Ajoutons à ces causes habituelles de nullité, celles résultant pour la participation d'émission d'actions faites dans le but de constituer une société anonyme ou une commandite par actions soustraite à la loi de 1867, auquel cas la participation sera transformée en une simple société de fait (3).

§ 3. — *Résiliation du contrat de participation* (4)

L'association en participation peut être déclarée résiliée en vertu des articles 1183 et 1185 du Code civil à raison de l'exécution de ses engagements par un participant.

Section II. — *Effets de la disparition de la participation*

§ 1. — *Liquidation*

Se basant sur le défaut de personnalité morale de la participation, on prétend que sa disparition *ne peut pas* comme les autres sociétés donner lieu à une *liquidation*, mais à un *simple règlement de comptes*. A première vue,

(1) Tel est le cas de l'association entre époux.
(2) Cass., 18 mai 1896 (*Rev. prat. soc.*, 1897, 152).
(3) Pour la liquidation de la participation nulle, v. de Pelsmæker, no 108 et les renvois p. 139.
(4) Au sujet de savoir si la résiliation doit s'opérer *ab initio* ou *ex num*, v. de Pelsmæker, nos 109 et 110.

on pourrait croire qu'il n'y a là qu'une simple question de mots (1), mais on vient donner plus de force à cette distinction en disant : ce défaut de personnalité est très important car le règlement de comptes auquel seul, il donne lieu, ne peut intéresser les tiers (2).

Il n'y a là ni plus ni moins qu'une confusion de plus entre le caractère occulte de la participation et son prétendu défaut de personnalité ; que l'opération qui a lieu entre participants après la dissolution de leur société s'appelle liquidation ou règlement de comptes, peu importe, au fond cela revient au même ; mais si cette opération n'intéresse pas les tiers, c'est uniquement à raison du caractère occulte de la société en participation, la personnalité morale n'a rien à y voir ; cette conséquence est d'ailleurs très logique, les tiers n'ont pas traité avec *une société*, avec l'ensemble des participants, mais ils ont traité avec de *simples particuliers* agissant en leur propre et privé nom, et malgré le règlement de comptes, les tiers n'en conserveront pas moins, à leur égard l'intégralité de leurs droits et actions.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est unanime à déclarer que, n'ayant pas de personnalité morale qui puisse être soutenue et continuée par un liquidateur, la participation ne peut faire l'objet que d'un règlement de comptes entre les associés (3).

Pour elle, liquider une société, c'est établir d'une façon claire et précise l'état du patrimoine de cette société,

(1) Poulle, nos 343 et s. ; Vavasseur, I, n° 325 ; Houpin, I, n° 256 : Lyon-Caen et R., II, n° 1070.

(2) Mêmes auteurs que dans la note 1.

(3) En ce sens, Paris, 6 mars 1890 (A. C., 1891, 195) ; Rennes, 4 janvier 1894 (D., 94, I, 120) où l'on admet que l'expertise préalable au règlement de comptes peut porter non seulement sur les marchandises acquises en commun et sur les bénéfices, mais sur la valeur de la clientèle ; Paris, 22 nov. 1888 (A. C., 1889, 33) ; Poitiers,

les opérations de liquidation consistent principalement à achever les affaires commencées, à payer les dettes sociales et à faire rentrer les sommes dues à la société afin d'obtenir l'actif à partager.

La liquidation suppose donc essentiellement que la société a un patrimoine *propre* et *distinct* de celui des associés.

Mais cette condition est-elle impossible à la participation si l'on admet notre théorie du patrimoine d'affectation ? Absolument pas, et c'est encore un résultat heureux de cette théorie que d'effacer des différences qui rationnellement n'avaient pas leur raison d'être : le gérant achèvera les opérations commencées, paiera les dettes qu'il a contractées, personnellement envers les tiers, mais dont les associés ne sont pas moins tenus ; de même, il fera rentrer les créances qu'il peut avoir ; comme dans toute autre société, il constituera de la sorte un actif à partager. Toutes ces opérations se passeront en dehors des tiers, là se trouve, ou devrait se trouver, la seule différence avec les autres sociétés.

D'ailleurs la discussion est plus théorique que pratique; en réalité, les conséquences que la jurisprudence fait découler pour la liquidation de la personnalité, devant oujours exister, puisqu'au fond, c'est ducaractère occulte de la participation qu'elles dérivent.

La liquidation (1) *peut avoir lieu à l'amiable* (2). Les participants ont la faculté de désigner dans la convention l'un d'entre eux pour procéder à la liquidation. S'il est

8 déc. 1892 (P., 1894, II, 93 ; D., 1893, II, 111) ; Cass., 10 déc. 1895 (P., 1897, I, 224 ; D., 96, I, 20) ; Trib. comm., Lyon, 7 déc. 1903 (*R. S.*, 1904, 416 ; A. C., 1905, II, 11, nº 26).

(1) Nous employons le mot liquidation dans son sens le plus général, il est entendu qu'il n'y a qu'une réglementation de comptes.

(2) V. de Pelsmæker, nos 127 et s.

décédé au moment de la liquidation, ou encore s'il n'en a pas été désigné, à défaut d'accord unanime entre eux, les associés doivent s'adresser à la justice pour procéder à cette désignation : le liquidateur peut être pris en dehors de la société (1).

La mission du liquidateur, mandataire des associés, se borne à opérer le règlement de comptes, et à préparer le partage des bénéfices ou pertes.

Le liquidateur d'une association en participation n'a aucune qualité pour représenter l'association vis à vis des tiers ; on prétend qu'il représenterait une personne morale qui pour les tiers n'existe pas (2), pourquoi ne pas dire plus simplement qu'il représenterait vis à vis des tiers des personnes avec lesquelles ceux-là n'ont jamais eu à faire, qu'ils ne doivent pas connaître, et qui, si elles étaient connues d'eux, ne seraient plus des participants, mais des associés en nom collectif ou des commanditaires ordinaires ?

Cependant, il a été jugé que bien que l'association en participation ne constitue pas une personne morale, néanmoins les associés en participation ont la faculté de nommer un liquidateur chargé de représenter la société à sa dissolution (3).

« Le liquidateur peut aussi, s'il a reçu un mandat *ad hoc*, agir au nom des participants, à condition de désigner ceux-ci dans les actes de procédure. La maxime : *nul ne plaide par procureur*, n'interdit nullement d'ester en

(1) Cass., 10 déc. 1895 (*J. des Trib. comm.*, 1896, n° 1352, 606).

(2) Paris, 8 août 1870 (D., 71, 27) ; Paris, 9 février 1884 (*R. S.*, 85, 9) ; *sic*, Vavasseur, I, n° 325 ; Lyon-Caen et R., II, n° 1070 ; Rousseau, II, n° 1841 ; Poulle, n°s 375 et s. ; Labbé, Note sous Paris, 24 mai 1862.

(3) Paris, 24 mai 1862 (S., 63, II, 201.

justice pour compte de tiers, mais seulement de se présenter en justice comme mandataire, sans faire connaître en même temps, dans les actes de procédure, la personnalité des mandants véritables parties au procès ; en outre, cette maxime n'est pas d'ordre public et les parties peuvent y renoncer (1). »

Le liquidateur pourra procéder aux opérations qui seront utiles pour établir le compte des profits et pertes ou qui le faciliteront, par exemple : vendre les meubles et les immeubles (2).

§ 2. — *Partage*.

Avant de procéder au partage, il doit être procédé à des *prélèvements*, les associés doivent revendiquer les apports dont ils ont conservé la propriété, ou dont ils n'avait été concédé que l'usage.

« Si l'apport n'a pas été fait en propriété et qu'il existe encore en nature, le participant le reprend... Si l'apport n'a pas été fait en propriété, le participant dans ses rapports avec ses coassociés reprend, non sa mise en nature, mais la valeur de celle-ci en argent, sous déduction de sa part contributive aux dettes (3). »

(1) De Pelsmæker, nº 128, 158 ; Cass., 13 avril 1889 (Pas., 1889, I, 179). De même, la Cour de Bruxelles a admis que des participants pouvaient nommer des liquidateurs qui réunissent tous les pouvoirs à l'effet de disposer au mieux des intérêts sociaux des valeurs mobilières et immobilières de la société. Les participants avaient accepté que les liquidateurs représentassent même en justice les intérêts communs. Ils avaient en quelque sorte conventionnellement renoncé à se prévaloir de la maxime : nul ne plaide par procureur. D'après la Cour de Bruxelles, une convention de ce genre, lorsque toute idée de fraude est écartée n'a rien qui répugne à l'ordre public et doit être tenue pour valable. Bruxelles, 9 février 1889 (Pasic., 1889, II, 283 ; A. C., 1890, 181). — Cf. Bordeaux, 26 mai 1897 (*R. S.*, 98, 62).

(2) Pour le règlement périodique des profits et pertes, v. Fuzier-Hermann, nºs 386 et s.

(3) de Pelsmæker, nº 132.

Après cette opération, on procède au partage des bénéfices et des pertes. On admet en général qu'il ne saurait être question de partage du fonds social ; cette opinion est très logique avec la théorie de la personne morale, mais, au cas de patrimoine d'affectation, ne serait-il pas possible aux participants, en l'absence de stipulation contraire, de procéder au partage d'un fonds commun ? Nous croyons facilement que si ; d'ailleurs, en fait, il existe fréquemment entre participants un fonds indivis qui doit être partagé, il en est ainsi des bénéfices et des pertes.

D'une manière générale, la question de savoir dans quelle mesure les bénéfices et les pertes peuvent être répartis entre les associés est réglée par la convention des parties et par le droit commun des sociétés (1).

En général, et à moins d'une stipulation contraire, les participants sont *tenus personnellement* et sur *tous leurs biens*, de leur part contributive dans les pertes vis à vis du gérant. Mais la stipulation par laquelle on conviendrait que certains participants ne seront tenus *qu'à concurrence* de leurs mises serait parfaitement valable (2) ; nous avons vu que la théorie du patrimoine d'affectation permettrait de faire de cette situation le droit commun en matière de participation, en mettant les participants sur le même pied que les commanditaires.

A moins de convention contraire, *l'obligation des parti-*

(1) V. Fuzier-Hermann, V° Société en participation, n°s 392 et s. ; V° Société civile, n°s 242 et s. ; v. également Fuzier-Hermann et Darras (C. civ. ann. art. 1853).

(2) Vavasseur, I, n° 320 ; Alauzet, I, n° 410 ; Deloison, II, n° 558 ; Lyon-Caen et R., II, n° 1065 ; Houpin, I, n° 165 ; Fuzier-Hermann, en parlant de cette situation, dit qu'on serait en présence d'une espèce de commandite. Mais, une fois de plus, nous répétons que la participation est ou une société en nom collectif ou une commandite, ce n'est donc pas une « espèce », mais une commandite pure et simple qu'elle constitue, seulement occulte, et la convention en l'espèce n'a fait que rétablir la situation normale, faussée par la théorie de la personnalité.

cipants n'est ni solidaire, ni indivisible (1); mais en fait, il arrive souvent que ces deux modalités sont stipulées pour l'obligation des participants. Dans une association en participation où il y a trois participants, la répartition des pertes peut avoir lieu entre deux d'entre eux seulement, quand le troisième est insolvable (2), nous avons vu que cette situation ne serait pas possible avec le patrimoine d'affectation.

Aux termes de l'article 1872 du Code civil, les *règles sur le partage des successions* sont *applicables* aux partages des sociétés (3).

Si les choses ont été mises en commun pendant l'association, l'effet rétroactif du partage remontera *au jour* où l'indivision *a commencé* ; dans le cas contraire, ce sera seulement au jour de la dissolution, car ce n'est qu'à ce moment là que les biens sont entrés en indivision : pendant l'association ils étaient soit la propriété du gérant, soit des participants (4).

(1) Cass., 8 juillet 1887 (S., 89, I, 252).
(2) Cass., 29 mai 1845 (S., 45, I, 519 ; D., 45, I, 349).
(3) V. Fuzier-Hermann, V^is Partage, Société civile, n^os 1134 et s., Soc. comm., n^os 832 et s.
(4) V. Pont, II, n° 1988 ; Lyon-Caen et R., II, n° 1071 ; Poulle, n^os 403 et 404.

APPENDICE

DE LA COMPÉTENCE

Une des conséquences du caractère occulte de la participation et non de son prétendu défaut de personnalité, fait qu'on ne peut lui appliquer l'article 59 du *Code de Procédure civile*, § 5 (1). D'après cet article, le tribunal compétent en matière de société est celui du lieu où elle est établie; or, pour les rapports avec les tiers dans la participation, il n'y a pas société, il n'y a qu'un seul individu, le paragraphe 5 de l'article 59 du Code de Procédure civile n'est donc pas applicable et les tiers devront assigner le gérant au tribunal de son domicile.

En ce qui concerne les *contestations entre coparticipants*, on admet généralement qu'elles doivent être portées devant le tribunal du participant défendeur (2).

On pourrait se demander si cette règle ne serait pas modifiée avec la thèse du patrimoine d'affectation, et si le domicile compétent ne serait pas celui du principal établissement de la société.

Mais les associés *peuvent* d'ailleurs, sans dénaturer le caractère de la participation, convenir qu'un siège

(1) La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre que l'art. 59, § 5 du C. pr. civ., n'est pas applicable à la participation. Bordeaux, 29 mars 1887 (S., 89, II, 33); *sic*, Pont, II, 692, nos 1791 et 1793 ; Poulle, no 69 ; Vavasseur, I, 315 ; Rousseau, II, no 1732 ; Ruben de Couder, Vo Société en participation, no 24.

(2) Mêmes auteurs que dans la note 1.

social, différent du domicile personnel des participants, sera établi et deviendra le centre de leurs opérations ; cette stipulation n'est que l'exercice de la faculté ouverte à tous les contractants par l'article 111 du Code civil de faire choix d'un domicile légal, attributif de juridiction pour l'exécution des conventions (1).

L'effet de la stipulation est limité aux parties contractantes et ne s'étend pas aux tiers (2).

(1) Bordeaux, 29 mars 1887, précité ; Poulle, nº 217 ; Vavasseur, I, 122, nº 315 ; Rousseau, II, nos 1926 et 1926 *bis* ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procédure*, II, Vº Compétence, nº 62.

(2) Dalloz, Rep. suppl., Compétence des tribunaux d'arrondissement et d'appel, nos 43 et s. ; Société, nos 2231 et 2232.

SIXIEME PARTIE

DROIT FISCAL

Dans les quelques traités généraux parus sur la matière des sociétés en participation, la place réservée au droit fiscal est infime quand elle n'existe pas ; M. Poulle ne parle pas de ce droit ; quant à M. de Pelsmæker (1), il ne fait qu'effleurer très sommairement le droit d'enregistrement.

La question ne manque cependant pas d'intérêt, d'abord au point de vue pratique où son importance est capitale, mais aussi au point de vue théorique où elle soulève de nombreuses discussions judiriques ; si les documents concernant la matière peuvent être nombreux, ils n'en sont pas moins épars, et il nous a semblé faire œuvre utile en cherchant à les grouper dans la dernière partie de notre ouvrage.

On peut diviser en deux groupes généraux les principales questions fiscales qui se posent à propos des sociétés le premier comprendra les droits *d'enregistrement* propre-

(1) V. de Pelsmæker, 173 à 178. Cet auteur ignore même la loi du 28 avril 1893 et dans son traité qui est cependant de 1904, en ce qui concerne le droit français, il parle toujours du droit gradué qui cependant n'existe plus depuis 1893.

ment dits : droits perçus sur l'acte de naissance et l'acte de mort de la société en même temps que ceux perçus sur la transmission des biens en faisant partie pendant son existence ; le second comprendra les *taxes spéciales aux sociétés*, qui les frappent en tant que sociétés, (droit de timbre, taxe sur la transmission des titres, impôt sur le revenu) et qui frapperont les sociétés en participation comme telles ou en tant qu'elles auront pu emprunter ou auront été reconnues emprunter une des formes sociales anonyme ou en commandité, malgré la nullité qui pourrait résulter pour elles de l'adoption de ces formes (1).

C'est l'étude de ces différents droits que comprendra notre sixième et dernière partie en deux chapitres différents.

(1) La forme de la société en nom collectif ne motive la perception de la taxe sur le revenu que lorsque l'objet d'une société est civil ; d'autre part, cette taxe ne frappe dans les sociétés en commandite, dont le capital n'est pas divisé par actions, que le montant de la commandite (*Loi du 1er décembre 1875, art. 1er*).

CHAPITRE PREMIER

DROITS D'ENREGISTREMENT PROPREMENT DITS

Section I. — *Constitution de la société*
Droit de 0 fr. 20 0/0

§ 1

En principe, les actes de société pure et simple ne sont *pas*, au point de vue fiscal, soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé *s'ils ne sont pas rédigés en la forme authentique.* Tel est le cas pour la participation : *l'enregistrement n'est pas obligatoire* pour sa constitution, *sauf :* 1° quand l'acte de constitution revêt la forme *notariée ;* 2° quand il est rédigé sous seing privé et que les parties veulent lui donner *date certaine* en le déposant chez un notaire ou le faire *enregistrer* pour des motifs de convenance, ou que l'acte contient une *mutation*, ou qu'il en est fait *usage* ou *production en justice.*

Avant d'aborder l'étude du droit de 0 fr. 20 0/0, écartons tout d'abord une idée qui pourrait venir à l'esprit lorsqu'on parle de l'enregistrement appliqué à la participation : on sait que celle-ci est une société occulte et qu'elle n'est plus une participation quand ce caractère spécial disparaît ; or la formalité de l'enregistrement n'aura-t-elle pas précisément pour résultat d'effacer ce

caractère et de rendre publique la participation ; l'enregistrement et la participation ne sont-ils pas deux choses essentiellement contradictoires ? Non, on ne saurait raisonnablement soutenir que par le fait de l'enregistrement, la participation perd son caractère occulte.

Tout d'abord, la formalité n'est pas une condition *imposée* à son existence, mais au cas où la société est contrainte de s'y soumettre, l'exécution en elle-même de cette condition *ne révèle en rien* aux tiers l'existence de la société ; l'enregistrement ne consiste qu'en une inscription sur des registres, et ces registres ne sont pas livrés à la publicité dès la mention inscrite ; leur contenu n'est affiché ni publié en un endroit quelconque, de telle sorte qu'en lisant tel journal ou en se trouvant dans tel endroit, on puisse avoir connaissance de la société.

Cependant, les receveurs de l'enregistrement délivrent des extraits de leurs registres ; saurait-on voir dans cette circonstance, une publicité semblable à celle qui existe en matière hypothécaire ?

En aucune façon,... car, en ce qui concerne les hypothèques, quand vous traitez avec un tiers qui possède un immeuble, vous allez au bureau des hypothèques rechercher si ce bien dont l'existence est connue est frappé ou non d'hypothèques, et pour faire cette recherche vous n'êtes pas obligé de remplir des formalités déterminées. Au contraire, au sujet des recherches dans les bureaux d'enregistrement, l'article 58 de la loi du 28 frimaire an VII, dit : « que les receveurs de l'enregistrement ne pourront délivrer d'extraits de leurs registres *que* sur une *ordonnance de juge de paix*, lorsque ces extraits ne seront pas demandés par quelqu'une des parties ou leurs ayants cause ». Il est donc interdit en principe de consulter les registres d'un bureau pour y dé-

couvrir des participations. D'ailleurs, la *situation* des participants ne serait *pas* changée par ces recherches : d'une part, il n'est fait mention dans les registres que du résumé de l'acte, et, d'autre part, la demande de communication adressée au receveur suppose forcément qu'on a déjà connaissance de la société, puisqu'il faut être ou une partie contractante ou un ayant cause pour obtenir sans difficulté une copie de la formalité ; ce n'est donc pas la délivrance d'un extrait des registres qui révèlera l'existence de la société, mais au contraire cet extrait ne sera délivré que si la société est déjà connue de ceux qui l'exigent.

Cette objection écartée, admettons que l'acte constitutif de la participation ait été présenté à la formalité de l'enregistrement pour une des raisons signalées plus haut, *quels seront les droits exigibles?*

I

A) La loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 3, n° 4, soumettait au droit fixe de 3 francs, et non de 7 francs, comme l'indique M. de Pelsmæker (1), les « actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés et autres personnes ».

Ce droit de 3 francs a été élevé à 5 francs par l'article 45, n° 2, de la loi du 28 avril 1816, et remplacé, aux termes de l'article 1er de la loi du 28 février 1872, par un droit gradué sur le montant des apports mobiliers, déduction faite du passif.

(1) De Pelsmæker, *op. cit.*, 174.

Enfin, ce droit gradué (1) a été lui-même transformé en droit *proportionnel de 0 fr.20 0/0* (2) par l'article 19 de la loi des finances du 28 avril 1893 (3), lequel est encore actuellement en vigueur et est ainsi conçu : « Sont soumis au droit proportionnel, les actes désignés dans l'article 1er de la loi du 28 février 1872. Le droit sera liquidé sur les sommes ou valeurs actuellement passibles du droit gradué. La quotité en est fixée à 0 fr. 15 0/0 pour le partage et à 0 fr. 20 0/0 pour les autres actes ».

Ce droit proportionnel spécial édicté par la loi de 1893 a été simplement substitué au droit fixe gradué et *l'exigibilité et la liquidation* de l'impôt n'ont *nullement* été modifiées par cette loi. « Les règles générales concernant la liquidation des droits proportionnels », déclare l'administration de l'Enregistrement, « s'appliquent à la nouvelle taxe... Il est à peine utile de faire remarquer que, le cas échéant, le droit proportionnel établi en remplacement du droit gradué se cumulera avec les autres droits fixes ou proportionnels exigibles... La substitution d'un droit proportionnel au droit gradué ne modifie en rien les conditions présentes d'exigibilité des divers droits d'enregistrement (4). »

Les principes applicables au droit gradué s'appliquent donc au droit proportionnel ; rechercher si le second est exigé pour la participation est rechercher

(1) Avec l'ancien droit gradué de la loi de 1872, il était perçu progressivement, un droit de 5 francs jusqu'à 5.000 francs ; 10 francs jusqu'à 10.000 francs ; 20 francs de 10.000 à 20.000 francs, 20 francs en plus pour toute somme supplémentaire ou toute fraction de somme supérieure à 20.000 francs, plus les décimes.

(2) Ce droit revient à 0 fr. 25 avec les décimes (deux décimes et demi).

(3) V. (D., 93, 4, 85).

(4) V. l'Instruction de l'administration de l'Enregistrement du 15 mai 1893, n° 2838, § 1er (rapportée au D., 93, 4, 85, note 3e colonne).

s'il en est de même du premier. Ainsi, pour connaître la situation actuelle de la participation vis à vis de l'impôt de constitution de 0 fr. 20 0/0, nous placerons-nous indifféremment avant ou après 1893.

B) La *jurisprudence* admet que la participation *est passible* de l'impôt de constitution ; on cite généralement, pour en donner un des plus remarquables exemples, l'arrêt de Cassation du 30 décembre 1884 (1) : « Attendu, dit cet arrêt, qu'il importe peu que l'association en participation ne constitue pas un être moral auquel puisse être transmise la propriété des apports de chaque associé ; le droit établi par la loi de 1872, restant un droit fixe bien que gradué, est perçu non sur la transmission de la propriété des apports, mais sur le fait même des apports et de la formation de la société ; que vainement on voudrait prétendre que dans les sociétés en participation, il n'y a pas à proprement parler d'apports, puisque chaque associé reste propriétaire de sa mise... Attendu en effet qu'aux termes de l'article 1833 du Code civil, toute société suppose un apport fait par chaque associé ; qu'il en est sur ce point des associations relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, telles que les associations en participation comme des autres sociétés. »

Pour la Cour de cassation, l'impôt de constitution n'est pas dû parce qu'il y a transmission de propriété, mais uniquement parce qu'il y a des *apports* dont on se sert dans un *interêt commun*, ce qui suffit à donner à la participation le caractère de société exigé pour tomber sous le coup de la loi (2) ; toutes les fois qu'elle sera

(1) D., 85, I, 201.
(2) Art. 1832 du C. civ.

revêtue de ce caractère, elle devra se soumettre au droit de constitution.

En 1895, la Cour de cassation (1) considérait encore le droit gradué comme établi à raison de la constitution de la société et non de la transmission des apports à un être moral ; aussi l'applique-t-on à l'acte constatant la formation d'une association commerciale en participation bien que celle-ci ne constitue pas un être moral.

L'opinion de la jurisprudence a toujours été la même (2) et depuis elle ne s'est pas modifiée (3).

C) C'est aussi l'opinion de la grande majorité de la *doctrine* (4).

C'est celle énoncée dans le supplément au Répertoire de Dalloz paru en 1891 qui ne fait d'ailleurs qu'emprunter les phrases de l'arrêt du 30 décembre 1884 ; on y remarque, ainsi que nous le disions plus haut, que le droit gradué, étant un droit d'acte, ne se perçoit par suite qu'autant « qu'un acte formant titre de la convention est soumis à la *formalité* et ne peut être perçu pour les sociétés en participation dont la constitution n'est pas constatée soit par acte spécial, soit incidemment dans un autre acte en présence des différents associés (5). »

D'après Fuzier-Hermann, (6) le droit de 0 fr. 20 0/0 est un droit *d'acte* et non un droit de mutation ; pour qu'il soit exigé il *suffit* que l'acte contienne les éléments

(1) 13 mars 1895 (D., 95, I, 521).
(2) V. entre autres décisions. Sol., 31 août 1876, T, A., V° Soc., n° 109-3 ; Seine, 14 avril 1882 (S., 86, I, 321) ; Seine, 19 novembre 1892 (S., 95, I, 465) ; *id.*, 10 déc. 1892, R. P., n° 8100.
(3) V. notamment Seine, 23 mars 1907, R P., n° 11.456.
(4) V. en ce sens : Demante, *Principes de l'enregistrement*, I, 412, note 1 ; Arthuys, *op. cit.*, II, n° 964.
(5) D., Rep. suppl , V° enregistrement, n° 1871.
(6) Fuzier-Hermann, Rép., V° société, n° 583.

essentiels du contrat de *société* : un apport mis en commun et l'intention de réaliser un bénéfice à partager entre les associés ; du moment où une convention réunit ces deux caractères, elle constitue un acte de société et doit être soumise au droit de 0 fr. 20 0/0 (1) ; dès lors, quand il y a constatation d'apports dans un contrat d'association en participation, le droit est dû (2).

M. Wahl admet également que la participation tombe sous l'application de la loi de 1893 : « Il importe *peu* que cette association n'existe qu'entre les parties, c'est à dire soit occulte. Il en résulte sans doute que l'apporteur reste propriétaire des biens qu'il apporte ; mais la loi ne subordonne pas la perception du droit de société à la condition que l'apporteur perde en tout ou en partie la propriété de ses apports ; il suffit que ce soient des apports, c'est à dire des objets destinés à aider la société à remplir son but et mis en commun. On peut invoquer, par analogie, la règle d'après laquelle les apports en mariage restés propres à l'époux acquéreur n'échappent pas au droit proportionnel (3). »

Donc, en l'état *actuel* des choses, dès qu'un acte constitutif de société en participation, constatant des apports faits dans l'intention de les affecter à un intérêt commun pour en retirer des bénéfices, sera *présenté à la formalité de l'enregistrement* pour des motifs de convenance.., dès qu'on lui aura donné une forme *notariée*.., dès que s'il est acte sous seing privé, on aura voulu lui faire conférer *date certaine* en le déposant chez un notaire..., qu'il en sera fait *production en justice ou mention dans un acte*

(1) Fuzier-Hermann, Rép., V° société, n° 589.
(2) *Ibid.*, n° 606.
(3) V. Wahl, *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, Paris, 1909, I, n° 15, 12.

public, le montant total des apports sera frappé d'un droit de *0 fr. 20 0/0* édicté par la loi de 1893.

II

Tels sont les faits ; le *principe* est-il contestable ?

Pour répondre à la question, nous devons rechercher quel est le *fondement juridique* du droit proportionnel de 0 fr. 20 0/0.

A) Si l'on reconnaissait que ce droit est basé sur une idée *de mutation*, de transfert de propriété, en l'état normal des choses, c'est à dire en admettant que chaque participant demeure propriétaire de son apport, et en se plaçant au point de vue de la jurisprudence qui refuse à la participation la personnalité morale, on devrait immédiatement décider qu'elle *échappe* à l'article 19 de la loi du 28 avril 1893, puisqu'il n'y aurait pas transfert, mutation de l'apport.

Mais le droit de 0 fr. 20 0/0 *est-il* fondé sur une idée de *transfert* de propriété, est-il un droit de mutation pur et simple ?

Nous pouvons sans aucun doute affirmer que *non* : le droit de 0 fr. 20 0/0 et le droit de mutation sont deux choses fort *différentes* ; en effet, dans le système d'une fiscalité outrée, ils auraient pu tous deux frapper les sociétés, or le législateur dispense ces dernières du droit de mutation et les frappe du droitde 0 fr. 20 0/0, donc il fait une distinction entre ces deux mesures fiscales.

Serait-on tenté de croire qu'en réalité le droit de 0 fr. 20 0/0 n'est qu'un droit de mutation dont le tarif a été abaissé pour les sociétés ; il nous sera facile de démontrer qu'il n'en est rien en examinant, d'une part, la

dispense accordée par le législateur aux sociétés, de l'autre, la véritable nature du droit de 0 fr. 20 0/0.

Tout d'abord il est absolument *incontestable* que les apports d'une société *sont soustraits* au droit de *mutation* à titre onéreux ; il est impossible de trouver trace dans les dispositions législatives concernant les sociétés d'aucune exigence contraire ; personne d'ailleurs ne songe à contester ce point.

B) Comment expliquer l'exemption ?

La Régie et la jurisprudence soutiennent que l'exemption du droit de mutation est fondée sur ce que la propriété des apports acquise par la société est *provisoire* en ce sens que, *lors du partage* qui aura lieu après la dissolution et par suite de l'effet déclaratif de ce partage, la transmission opérée au profit de la société sera *effacée* ; la mutation est *conditionnelle* en faveur des associés.., elle ne s'effectuera d'ailleurs qu'au moment où sera réalisé le partage de la société dissoute et seulement si l'apport passe sur la tête d'une personne autre que l'apporteur. C'est l'opinion adoptée par la Cour de cassation et les tribunaux (1).

Selon M. Wahl, si les apports sont soustraits au droit de mutation, c'est uniquement par suite d'une *faveur* du législateur accordée aux sociétés dans le but de favoriser leur expansion ; « s'il n'existait aucun texte réglant le tarif des apports en société ces apports seraient passibles du droit de mutation à titre onéreux, car ils constitueraient une aliénation définitive de l'objet apporté au

(1) Cf. Cass., 28 janvier 1895 (S., 96, I, 417) ; 3 juillet 1899 (S., 1900, I, 149) ; Cass., 29 janvier 1900 (S., 1900, I, 417) ; Cass, ch. réun., 22 décembre 1904 (S., 1906, I, 97 ; D., 1905, I, 209 ; Cambrai, 22 novembre 1900 (S., 1906, I, 97) ; Seine, 18 janvier et 25 octobre 1901 (S., 1904, I, 181) ; Marseille, 19 mars 1907 (R. P., nos 11, 499).

profit de la société (1) ». La mutation existe bien dans les conventions constitutives de sociétés, mais la loi ne la taxe pas.

Cette opinion est celle d'autres auteurs qui pensent également que l'apport est translatif de propriété en droit fiscal comme en droit civil, mais que « cette imutation a été spécialement *exemptée* de l'impôt pour des motifs particuliers, dont le principal est le désir de favoriser le développement du commerce et de l'industrie, qui créent des richesses nouvelles contribuant à l'augmentation de la valeur imposable (2) ».

Pour se convaincre que telle a bien été l'intention du législateur, il suffira de se reporter aux travaux préparatoires de la loi du 28 février 1872 (3).

C) Les sociétés sont donc exemptées du droit de mutation ; le droit de 0 fr. 20 0/0 ne se confond pas avec lui puisqu'*il subsiste* tandis que le droit de mutation est déclaré non susceptible de naître ; il n'est point besoin de se livrer à des recherches longues et minutieuses pour découvrir la véritable nature du droit de 0 fr. 20 0/0.

Le législateur concédait une *immunité spéciale aux sociétés*, sa générosité ne pouvait être entière ; inspirée par des considérations économiques ; elle devait être retenue par le souci de ne pas appauvrir le Fisc, on exemptait d'une part, il fallait frapper d'une autre, plus faiblement sans doute, mais il fallait toujours établir un nouvel impôt ; on *créa le droit gradué*, devenu depuis le droit de 0 fr. 20 0/0 ; de la sorte, si les sociétés étaient moins frappées qu'avec le droit de mutation, le Trésor trouvait encore

(1) Cf. Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, I, n° 82, 49.

(2) Cf. Fuzier-Hermann, V° Société, n° 585 ; v. également Maguéro, *T. A.* ; V° Société, n° 120 ; *D. E.*, éod. v° n°s 210, 334 et s. ; Garnier, *R. E.*, n°s 174 et s.

(3) Cf. *R. P.*, n° 3406, 172.

dans l'imposition de l'acte les constatant une source de revenus.

Est-il bien utile d'assigner un fondement rigoureusement juridique au nouveau droit? Nous ne le croyons pas, il s'agit d'un impôt et, comme pour tous les impôts, le législateur ne s'est pas occupé d'en expliquer la création par des motifs de droit; il y a *un mouvement d'argent*, cela suffit pour frapper ; les apports constituent ce mouvement, cela suffisait au législateur pour les imposer. Ce droit de 0 fr. 20 0/0 n'est donc pas un droit de mutation, il est un impôt *sui generis*, nous l'appellerons un *droit d'apport*.

D) Dès lors, la société en participation *est soumise* à ce droit comme toutes les autres sociétés, dès qu'elle comporte des apports.

Cela *est vrai*, si nous raisonnons *en droit positif* actuel, en tenant compte de la différence établie entre la participation et les autres sociétés par la théorie de la personnalité civile ; peu importe que la participation soit ou non personne morale, du moment qu'elle comporte des apports, elle est sujette au droit de 0 fr. 20 0/0 ; l'objection qui se posait lorsqu'on faisait de ce dernier un droit de mutation n'a plus lieu d'être maintenant.

Cela est *également vrai*, si nous raisonnons en appliquant à la société en participation les conséquences du *patrimoine d'affectation*.

Tout d'abord avec la théorie du patrimoine d'affectation, *en admettant* même que le droit de 0 fr. 20 0/0 fût un droit de *mutation*, la participation *ne saurait* y échapper sous prétexte que la société n'étant pas personne morale, chaque participant reste propriétaire de son apport ; chaque participant, au contraire, se dessaisit de son apport au profit du patrimoine d'affectation ; sans ce dessaisissement, la constitution de celui-ci ne serait pas

possible ; il crée entre les coassociés une copropriété établie dans le but de retirer des bénéfices ; dès lors il y a *mutation partielle* pour l'apport de chaque associé fait au profit de ceux qui contractent avec lui : le droit de mutation serait donc exigible, si le droit de 0 fr. 20 0/0 était un droit de mutation.

Il y a lieu d'adopter la même solution, si nous considérons le droit de 0 fr. 20 0/0 avec sa *véritable nature* ; il est un droit d'apport, or, qu'est-ce que le patrimoine d'affectation, sinon l'état de la mise en commun des apports rendu absolument évident ? Le *fait de l'apport* pour la participation ressort encore de façon plus vive avec notre théorie d'affectation spéciale du patrimoine ; l'existence de ce dernier n'a d'autre raison que les apports des coparticipants ; le mouvement d'argent dont nous parlions tout à l'heure est aussi *évident* que possible ; sans aucune hésitation, la participation comportant un fonds affecté spécialement à son exploitation doit être *soumise* au droit de 0 fr. 20 0/0.

§ 2

En principe, le droit de 0 fr. 20 0/0 est donc dû par la participation ; mais parmi les conditions d'exigibilité de ce droit, l'une d'elles nécessite certaines explications, l'acte qui stipule la société en participation doit contenir les éléments essentiels du contrat de société : or, *dans certains cas*, ces éléments n'apparaissent pas *très clairement* et donnent lieu par ce fait à quelques hésitations pour la perception.

A) Un des principaux éléments caratéristiques du contrat de société est la *mise en commun d'apports* : très souvent, la participation ne comporte que la mise en

commun d'un risque à courir dans une opération ; il n'y a pas d'apports au sens strict du mot, il n'y a rien qui puisse ressembler à un capital ou à un fonds d'affectation ; en fait d'apport, il n'existe que celui de l'industrie de chaque participant. La question se pose alors : le *seul apport d'industrie* laisse-t-il à la participation son véritable caractère de société et *est-il aussi soumis* à l'impôt de 0 fr. 20 0/0 ?

L'affirmative ne fait aujourd'hui aucun doute, l'apport d'industrie est assujetti, comme l'apport en nature, au droit de 0 fr. 20 0/0 (1) ; mais ce droit ne sera exigé que lorsque l'apport d'industrie sera *très nettement précisé* (2). Il conviendra donc d'examiner avec la plus grande attention le caractère de cet apport, si l'acte présenté à la formalité y fait allusion. Est-il reconnu qu'il y a apport d'industrie, l'apport d'industrie non évalué au contrat de société est fixé au moyen d'une déclaration des parties, soumise au contrôle de l'administration (3). Tout d'abord il avait été reconnu que cette évaluation serait établie sur une valeur égale à celle de l'apport en nature le plus faible ; mais la Régie reconnaît actuellement que l'article 1853 du Code civil sur lequel elle fondait sa première solution « règle les rapports des associés entre eux dans le cas où les parts dans les bénéfices n'ont pas été déterminées dans l'acte de société, mais ne peut servir de base pour la perception de l'impôt. Il peut seulement servir de présomption pour apprécier l'exactitude de la déclaration faite par les parties (4) ».

(1) Cf. Cass., 6 juin 1877 (S., 77, I, 321; D., 77, I, 365); — Montpellier, 23 mai 1877, sous Cass., 2 juillet 1879 (S., 80, I, 39 ; D., 79, I, 451) ; — Lille, 14 mars 1879 (*Rép. per.*, n° 5189).
(2) Cf. Sol. reg., 2 juin 1886 (*T. A.*, V° Société, n° 131).
(3) L. 22 frimaire an VII, art. 16.
(4) Cf. F.-H., V° Société (en général) n° 645.

B) Il est un autre cas où la participation présente les éléments constitutifs du contrat de société d'une façon encore moins caractéristique que dans l'hypothèse de la question de l'apport d'industrie et où son assujettissement au droit de 0 fr. 20 0/0 est plus douteux : nous voulons parler des *participations syndicales* constituées, soit entre obligataires pour la défense de leurs droits à l'encontre d'une société, soit entre négociants pour la vente en commun de leurs produits.

En ce qui concerne les premières, on ne rencontre dans leur formation aucun des éléments constitutifs du contrat de société ; on n'y rencontre *ni apports* résultant d'une mise en commun quelconque, *ni partage de bénéfices* ; elles constituent uniquement une entente entre plusieurs individus pour défendre leurs intérêts ; le droit de 0 fr. 20 0/0 étant un droit d'apport *ne frappera pas* les participations syndicales constituées de la sorte entre obligataires. C'est la solution adoptée par la Régie ; c'est ainsi qu'il a été décidé que « si dans un acte d'emprunt hypothécaire, une société crée, en représentation de cet emprunt, des obligations négociables, la disposition du même acte constatant la création d'un syndicat entre les porteurs de titres pour la défense de leurs droits n'est pas sujette à un droit spécial comme acte de formation de société (1) ». En ce cas, la convention *n'offre pas*, au point de vue fiscal, *le caractère de société* et elle n'est passible du droit de 0 fr. 20 0/0 que si les termes de l'acte révèlent une véritable société ; autrement, l'application du droit fixe est seule possible (2).

Quant aux participations syndicales entre négociants constituées sous forme de *comptoirs* et établies par un

(1) Cf. Sol. reg., 1er juin 1900 (*R. E.*, n° 2416).
(2) Cf. *T. A.*, de Maguéro, V° Société, n° 109, § 3).

accord intervenu entre les producteurs de certains produits pour en empêcher la dépréciation, en en centralisant la vente dans les mains d'un des producteurs ou d'un comité spécialement désigné (1), M. Vavasseur pense qu'elles *échappent* au droit de 0 fr. 20 0/0.

L'opinion de cet auteur se base sur ce que ces participations ne constituent *pas* des sociétés au sens strict du mot : « En la forme », dit M. Vavasseur, « il y aura bien association en participation, mais au fond simple syndicat... ; si l'on voulait fixer la distinction dans une formule précise, on pourrait dire que, dans la Société véritable, l'association est plutôt *réelle* que *personnelle*, à cause de la nécessité d'un apport, tandis que dans l'association syndicale, elle est simplement et exclusivement *personnelle*. Voudrait-on objecter que ce sont les prix de toutes les ventes qui sont mis en commun pour être partagés entre les participants, sans distinction entre ceux qui ont vendu plus ou moins cher ? Ce serait une pure subtilité, d'ailleurs contraire à la réalité des faits et plus encore à la vérité juridique ; car de ce fait que les prix sont encaissés par un mandataire commun, il ne s'ensuit pas qu'ils soient à ce moment apportés dans une société ; et surtout ils ne sont pas apportés pour en tirer *un bénéfice*, ce qui est la caractéristique de la société, car ils ne doivent pas être l'objet d'une exploitation sociale, mais d'une simple répartition (2). »

En somme, M. Vavasseur refuse à ces participations syndicales le caractère de société, et il conclut, en fin de compte, « qu'un acte de Syndicat, au point de vue de

(1) Cf. *supra*, 3e partie, section I, § 2.
(2) Cf. Vavasseur, *Droit gradué. Associations en participations et syndicats*, *R. S.*, 1892, 370.

son enregistrement, n'est qu'un mandat, et passible à ce titre d'un simple *droit fixe* ».

Notre conclusion sera la même que celle de cet auteur. Nous avons déjà vu, en effet, que les comptoirs de vente constitués sous forme de participation ne sont pas des sociétés, parce qu'ils ne comportent pas d'apports au sens juridiques du mot et qu'ils n'ont pas lieu pour la réalisation de bénéfices (1) ; or, le droit de 0 fr. 20 0/0, étant un droit d'apport et établi exclusivement pour les sociétés, ne peut frapper ces participations syndicales.

La Régie adopte la même solution ; d'ailleurs, si elle voulait exiger le droit de 0 fr. 20 0/0 des comptoirs de vente, elle se heurterait à de *grosses difficultés de fait*; « ainsi on devrait par avance, c'est à dire au moment même de l'enregistrement, déterminer par évaluation les quantités et les prix des produits à livrer chaque année pendant toute la durée de l'association, et acquitter immédiatement le droit de 0 fr. 20 0/0 sur le total de ces prix cumulés. Puis à la fin de chaque exercice les comptes seraient communiqués à l'Administration qui exigerait, s'il y avait lieu, des suppléments de droit correspondant aux livraisons et aux prix réels (2) ».

On voit quelles complications entraînerait la perception du droit de 0.20 0/0 sur les syndicats de producteurs ou les comptoirs de vente ; l'application en serait même souvent très délicate à raison des fluctuations qui se produisent dans la valeur des denrées et dans les prix de

(1) *Supra*, 3e partie, chapitre 1er, section I, § 2, B, 3o, p. 202.
(2) Cf. Vavasseur, *loc. cit.*, *R. S.*, 1892, 371. Ce droit de communication n'est pas possible dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite simple, et à plus forte raison chez les simples particuliers.

vente, il faudrait peut-être arriver à donner à la Régie un droit de contrôle plus étendu que celui qu'elle a et contre lequel, à juste titre, protestent industriels et commerçants.

Ce ne sont, peut-être, au fond, que des raisons de *haute opportunité* auxquelles obéit la Régie en n'exigeant pas le droit de 0 fr. 20 0/0 des associations syndicales et, par voie de conséquence, des participations syndicales.

En matière fiscale, le grand et le seul principe est de taxer partout où il est possible de le faire et toutes les fois qu'il ne se rencontre pas d'obstacles ; dans notre cas ces obstacles surgissent, la Régie les a-t-elle appréciés pour ne pas taxer ? Dans l'affirmative, ce serait presque une garantie pour les citoyens qui sont contribuables ; car dès que la Régie ne tiendra plus compte des bouleversements qu'une fiscalité outrée est susceptible de jeter dans le monde des affaires, nous serions mûrs pour cet impôt inquisitorial tant redouté, l'impôt sur le revenu.

§ 3

Quelle sera, vis à vis du droit de 0 fr. 20 0/0, la situation des *sous-participations ou sociétés de croupiers* ?

L'acte constatant la formation de ces sociétés, autorisées par l'article 1861 du Code civil donne lieu au droit proportionnel de 0 fr. 20 0/0, les sous-sociétés *devant être assimilées* aux sociétés (1) et les mêmes raisonnements devant intervenir autant pour celles-là que pour celles-ci.

Lorsque le même acte constate à la fois la cession de

(1) Cf. Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, I, nº 63 ; Arthuys, II, 964.

part et la sous-société, deux droits seront exigibles : celui de mutation sur la part cédée et celui de 0 fr. 20 0/0 sur le montant des apports dans la sous-société (1).

§ 4

Jusqu'ici, nous n'avons envisagé que l'apport ordinaire pur et simple; l'apport peut être fait *à titre onéreux* (2); dans ces conditions, le droit perçu n'est plus un droit *proportionnel* de 0 fr. 20 0/0 mais un droit de *mutation*, lequel varie suivant la nature de la mutation et celle des objets aliénés (3), et doit être, suivant la nature de la transmission, acquitté ou non dans un délai déterminé.

Y a-t-il vente à une société d'un immeuble moyennant un prix stipulé, moyennant la délivrance de titres d'obligation ou à la charge de payer un passif, le droit de 7 0/0 devient exigible sur les charges imposées à la société et, en tout état de cause, au minimum, sur la valeur vénable de l'immeuble? Ce simple exemple précise le caractère de l'apport onéreux et ses conséquences fiscales.

Nous n'insisterons pas davantage sur la question qui, en notre matière, ne peut soulever des difficultés particulières; car, que la vente soit faite à la participation ou à son représentant apparent, le droit de 7 0/0 jouera en toutes les hypothèses, s'il s'agit de tranmission immobilière, ou tout autre droit, s'il s'agit d'une autre transmission.

(1) Cf. Cass., 16 mars 1867 (Rep. Per., n° 2458) ; — Lille, 17 juillet 1874 (*J. E.*, n° 19570).

(2) Cf. Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, I, section 3, 80.

(3) Cf. Wahl, *op. cit.*, I, n° 187; *Traité de régime fiscal*, I, n°s 267 et s. ; 298 et s. (*T. A.*, V° Société, n° 340).

Section II. — *Transmission en cours de participation des biens faisant partie de la société et des droits sociaux.*

La participation quoique ne comportant pas un patrimoine spécial distinct de celui des associés, du moins au point de vue de la jurisprudence, comprend néanmoins, au sens général du mot, un certain *actif social*; des biens, meubles ou immeubles, sont affectés à l'exploitation de l'entreprise pour laquelle elle est constituée.

Pendant *le cours de la société*, ces biens peuvent faire, soit de la part du gérant, (ce qui sera le cas normal) soit de la part des associés, l'objet de plusieurs opérations commerciales, notamment de *ventes*.

D'un autre côté, chaque associé a des droits tant sur l'actif de la société, que sur les bénéfices; il peut *céder ses droits*, qu'ils soient ou non représentés par des parts. Et ici, nous n'entendons envisager que les parts telles que nous les avons seulement admises à la validité (1), c'est à dire, attribuées aux associés uniquement comme *réglementation* de leurs droits sociaux et ne constituant pas de véritables titres au porteur et négociables; nous n'envisageons ces derniers que plus loin dans un autre paragraphe. Ces droits sociaux peuvent également être cédés comme toute créance, du reste, par les associés qui en sont titulaires.

§ 1

Quelle sera, au point de vue fiscal, la situation des transmissions de biens ou des droits sociaux envisagées uniquement à titre onéreux ?

(1) V. *supra*, 3e partie, section II, § 4.

A) La *transmission des biens* est régie avant tout par la règle de la *propriété apparente* : la participation n'est pas un être moral ; les biens qui ont été apportés pour son exploitation ne peuvent être considérés comme appartenant à l'entité juridique qu'on appelle une société ; de même si, au cours de la société, le gérant achète soit des immeubles, soit des meubles, ces biens *ne peuvent* être considérés comme faisant partie du patrimoine social qui n'existe pas dans la participation.

Quoique affectés à l'entreprise, ces biens seront considérés comme appartenant à ceux qui en ont la propriété apparente, au gérant ou aux associés. Puisqu'on n'admet pas la théorie du patrimoine d'affectation, en l'absence de stipulations spéciales qui les attribueraient au gérant, les biens apportés par les associés demeurent la propriété de ces derniers ; ceux acquis par le gérant au cours de la société sont considérés également comme lui appartenant ; la propriété repose de façon apparente sur sa tête.

Dès lors, aucune situation spéciale n'est faite par le Fisc à la transmission de ces biens ; ils seront traités comme des *biens ordinaires* vendus par de simples particuliers et donneront lieu aux *droits ordinaires de mutation*, qui varieront seulement avec leur nature mobilière ou immobilière.

B) La cession des *droits sociaux* sera, elle aussi, assujettie à l'impôt d'après la nature des biens sur lesquels portent ces droits.

En règle générale, le droit social est considéré comme un droit mobilier ; la Régie tenant compte du caractère mobilier de ce droit, avait commencé par appliquer à la cession, qui pouvait être faite, le tarif de 2 0/0, édicté

pour les ventes mobilières par l'article 69, § 5, n°1 de la loi du 22 frimaire an VII (1).

« Ensuite, devant la Cour de cassation, elle essaya d'aller plus loin et de prétendre que les parts sociales n'étant mobilières suivant l'article 529 du Code civil, que vis à vis des tiers, le droit était dû suivant la nature des biens sociaux. La Cour de cassation n'admit jamais ce second système et lorsqu'elle fut directement sollicitée d'appliquer aux parts sociales l'article 69, § 2, n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII, qui frappe d'un droit de 0 fr. 50 0/0 les cessions d'actions des compagnies et sociétés d'actionnaires », la Cour de cassation n'hésita pas à admettre l'affirmative, et à repousser la perception du droit de vente des meubles à 2 0/0 (2).

La question fut longtemps controversée, mais la Régie ayant elle-même abandonné ses prétentions (3), la Cour de cassation reconnut désormais que, *seul*, le droit de 0 fr. 50 0/0 était applicable à la cession du droit social.

Ce droit de 0 fr. 50 0/0 était un droit assujetti aux décimes. Les sociétés prétendirent ultérieurement que l'article 6, loi du 23 juin 1857, d'après lequel les cessions d'actions dans les sociétés sont assujetties au droit de 0 fr. 20 0/0 (0 fr. 50 sans décimes) comprenait dans la généralité de ses termes toutes les cessions de droits sociaux, quel que fût le mode employé pour la transmission ; la Cour de cassation (req.) leur donna raison par un arrêt du 27 avril 1906 (4). Mais le tarif de la loi du 23 juin 1857

(1) V. Décision du ministre des finances, 18 décembre 1818, J. E., n° 1047.

(2) Cass., 8 février 1837 (S., 37, I, 113) ; Cass., 21 août 1837 (S., 137, I, 1035) ; Seine, 2 juillet 1834, *J. E.*, n°s 11, 316.

(3) Cf. Seine, 28 avril 1869 (R. P., n° 3236) ; Conclusions Blanche, sous Cass.., 4 décembre 1871 (R. P., n° 3375).

(4) Cf. R.P., 11180.

a été porté à 0 fr. 75 0/0 sans décimes par la loi du 26 décembre 1908, article 5, de telle sorte qu'aujourd'hui, par suite de l'interprétation de l'arrêt de 1906, la situation des sociétés, relativement à la transmission des parts d'intérêts, est plus désavantageuse que si la doctrine de l'arrêt du 4 décembre 1871 avait été maintenue en son entier.

Pour notre part, nous estimons que la loi de 1857 ne prévoyait *que* les cessions d'actions et que la cession *des parts d'intérêts* ne devrait comporter *aujourd'hui que* le droit de 0 fr. 50 0/0 avec décimes et *non* celui de 0 fr. 75 0/0 sans décimes (1). Nous avons ouvert cette parenthèse pour *justifier le chiffre de 0 fr. 50 0/0* que nous citons exclusivement dans la suite de notre étude.

Quoiqu'il en soit, nous savons que *par suite* du prétendu défaut de personnalité dans la participation, la nature du droit de chaque associé n'est pas comme dans les autres sociétés réputée *de plano* mobilière, le droit de chaque participant varie avec la nature des biens sur lesquels il porte (2).

Si donc un participant cède ses droits, il sera perçu non pas le droit de 0 fr. 50 0/0, mais les mêmes droits qui seraient perçus sur la *vente* des biens sur lesquels porte sa propriété (3).

« Lorsque la personnalité fait défaut, dit Naquet (4), les droits des associés participent de la nature des biens qui composent le patrimoine spécial. Ces biens sont-ils meubles ? on percevra l'impôt de 2 fr. 0/0, sont-ils immeubles ? on percevra le droit de 5 fr. 0/0 (aujour-

(1) Contra, R. P., 11,883.
(2) V. *suprà*, 2e partie, section IV.
(3) Cf. *T. A.*, Vo Société, no 246 (g).
(4) Cf. Naquet, *Traité des droits d'enregistrement*, II, no 560, 111.

d'hui 7 0/0), sont-ils enfin meubles et immeubles ? on réglera la perception d'après la disposition de l'article 9 de la loi du 22 frimaire an VII. »

C'est également l'opinion de M. Wahl : « Si la société n'est *pas un être moral*, le droit sur les cessions de part n'est pas celui de 0 fr. 50 0/0 ; il varie suivant la nature des biens transmis (1). Il y a peut-être eu au début quelques flottements dans la jurisprudence. Mais elle est certaine aujourd'hui, elle est justifiée par l'idée qu'en pareil cas le droit cédé n'est pas un droit mobilier, mais un droit sur les différents objets composant l'actif.

« Il en est ainsi pour les droits dans une société en participation (2), cette société n'ayant pas la personnalité (3). »

C'est également l'opinion de la *jurisprudence* : « Attendu que la société en participation ne forme pas un être moral distinct des personnes qui la composent, que la propriété des choses qui en font l'objet continue à résider, malgré l'association, sur la tête de ceux des participants qui en étaient propriétaires ou qui les acquièrent... Attendu que loin de déroger à ces principes, les sieurs Teisserenc et Lasard en ont fait une formelle application, en stipulant que tous les actes traités ou marchés à faire avec la ville de Montpellier ou avec des tiers, pour l'exécution de l'entreprise commune aux deux associés, seraient faits et consentis au nom du sieur Lasard, seul obligé ostensible, l'intervention du sieur Teisserenc dans la participation devant demeurer occulte et secrète vis à vis des tiers (4). »

Teisserenc avait fourni les fonds, moyennant quoi il lui

(1) Cf. Garnier, V° Société, n° 309.
(2) Cf. Cass., 13 novembre 1872 (S., 73, I, 41 ; D., 73, I, 126) ; Seine, 22 avril 1876 (*J. E.*, n° 20066, R. P., n° 4490).
(3) V. Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, I, n° 741.
(4) Cass., 3 novembre 1872 (S., 73, I, 41 ; D., 73, I, 126).

avait été attribué 25 parts et les cinq autres à Lasard ; ces parts ne pouvaient pas être assimilées à des titres, et en réalité elles ne servaient qu'à déterminer le *pourcentage* des droits de chaque associé. Par acte sous seing privé, il avait été convenu entre eux que pour simplifier la liquidation et laisser à Teisserenc toute liberté d'allure, Lasard lui cédait à forfait tous ses droits moyennant une somme déterminée. « Attendu, continue la Cour, que l'acte du 5 septembre 1868 ne peut dès lors être considéré comme constituant une cession d'actions mobilières d'une compagnie ou société d'actionnaires, passibles seulement du droit de 0 fr. 50 0/0 ; qu'il constate, au contraire, une transmission de la propriété de tout l'actif de l'association, soit 2.584.110 francs, par Lasard qui jusqu'alors avait été seul propriétaire, au sieur Teisserenc ; qu'il doit donc donner lieu à la perception du droit de vente immobilière. »

C'est ce qu'avait déjà décidé la Cour de cassation en 1867 dans un cas semblable : « Attendu en droit que le bénéfice du n° 6 du § 2 de l'article 69 de la loi de frimaire, qui réduit le droit de vente des biens mobiliers à 0 fr. 50 0/0 ne s'applique qu'aux cessions d'actions et coupons d'actions créés pour faciliter la transmission de la propriété des compagnies et sociétés d'actionnaires et que la transmission des droits dans une société dont le capital n'a été divisé ni en actions ni en parts assimilables à des actions reste soumise à l'impôt de 2 0/0 sur les ventes mobilières.

« Attendu en fait que l'acte constitutif de la société en participation du 22 février 1861 ne contient aucune division du capital en actions ou parts assimilables à des actions ; qu'en effet, dans cet acte, s'il a été dit que la société Vitali, Picard et Cie aurait 60 0/0 et que D. et J.

auraient conjointement les autres 40 0/0, cette stipulation n'avait pour but de créer une société divisée en 100 parts, mais seulement de *déterminer la part* de la copropriété de chacun des coassociés... attendu dans ces circonstances que le receveur de l'enregistrement a eu tort de se borner à percevoir un droit de 0 fr. 50 0/0 sur l'acte du 20 août 1862 par lequel D. céda sa part, que par suite c'est avec raison que l'administration de l'Enregistrement réclame un droit de 2 fr. 0/0, etc... (1). »

La cession des droits sociaux par un participant est donc soumise aux droits *ordinaires de mutation* variant avec la nature mobilière ou immobilière des biens qui en font l'objet (2).

β) Signalons une fois de plus les *résultats fâcheux* de la théorie de *la personnalité morale*.

Si on refuse l'application du tarif de 0 fr. 50 0/0 à la participation *uniquement parce qu'elle n'est pas une personne morale*, nous dirons qu'avec le patrimoine d'affectation elle comporte un patrimoine spécial au même titre que les autres sociétés, *les droits* des participants sur lui sont *exactement les mêmes* que dans les autres sociétés ; pourquoi dès lors établir une différence ?

La jurisprudence et la Régie sont d'ailleurs en *contradiction* avec elles-mêmes. Pour exiger de la participation le droit de 0 fr. 20 0/0, elles considèrent les apports *en eux-mêmes*, indépendamment de ceux qui les fournissent, ils constituent à leurs yeux une masse de biens affectés à une entreprise commune, une sorte de *patrimoine social*. Au contraire, lorsqu'il s'agit de percevoir un droit sur la transmission de ces biens, elles *écartent*

(1) Cass., 6 février 1867 (S., 1867, I, 135).
(2) V. également dans le sens de l'arrêt précité : Seine, 22 janv. et 22 avril 1876 (R. P., nº 4490) ; Seine, 14 avril 1882 (R. P., 6001).

toute idée de mise en commun, toute idée de copropriété et considèrent les apports comme étant toujours restés la propriété de leurs auteurs. Ainsi un droit de mutation devient exigible.

Selon nous, il n'y a pas de raison de traiter différemment, au point de vue fiscal, la cession des droits d'un participant et celle des droits d'un commanditaire. Nous avons vu qu'avec la théorie du patrimoine d'affectation, le droit du participant devient *un droit de créance* (1) contre un patrimoine déterminé ; la cession d'un tel droit *régulièrement prouvé à l'égard du Fisc*, devrait à notre avis, comme dans une commandite, être sujette au droit de 0 fr. 50 0/0 (2).

De cette façon nous éviterions *le droit très onéreux de mutation* qui est de 2 0/0 plus les décimes sur les meubles et de 7 0/0 sur les immeubles.

§ 2. — *Quid de la transmission par décès ?*

Dans la théorie de la personnalité morale, on considère certaines sociétés comme donnant naissance à un être moral, qui devient propriétaire pendant toute la durée de l'entreprise, des biens composant le fonds commun de la société ; leurs associés n'ont, pendant l'exploitation, aucun droit individuel à la copropriété des valeurs en nature de la masse. « Ils possèdent seulement un droit incorporel qui s'appelle action ou part d'intérêt et qui a un caractère mobilier jusqu'à la fin de la société... Il en résulte que, si un associé décède pen-

(1) Cf. Planiel, *Traité de droit civil*, I, nº 2259 ; — Brinz Pandekten, 1884, I, § 60 et 61 ; — Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2ᵉ éd., 151, note 3 et les renvois, 153, note 2 ; Gény, *Méthode*, 138 et 139 ; Négulesco, *La théorie du patrimoine d'affectation et son application aux sociétés commerciales*.

(2) Voir *suprà*, p. 123 et s.

dant la durée de la société, sans que sa mort entraîne la dissolution de l'entreprise, ses héritiers doivent déclarer, non *une part de copropriété* dans les biens en nature dépendant de la société, mais seulement *la part d'intérêt* ou l'action, essentiellement mobilière qui appartenait au défunt. Cette part est représentée par l'émolument tel qu'il résulterait d'une liquidation, déduction faite du passif sur l'actif. Le droit à percevoir doit être, par conséquent, calculé sur la part de l'associé, non dans l'actif brut de la société, mais dans le reliquat net représenté par l'excédent de l'actif sur le passif (1). »

Par contre, quand il s'agit d'une société qui n'a pas été publiée, (de la participation, par exemple), l'administration considère la société comme dépourvue à son égard d'existence légale ; par suite, en cas de décès de l'associé propriétaire, elle exige que ses héritiers comprennent dans la déclaration de succession ses biens sociaux ou, s'il y a lieu, sa part de copropriété, sous déduction du passif qui peut les grever, mais déduction soumise à des règles *excessivement délicates*. (Loi du 25 février 1901.)

Lors du décès d'un participant, les droits sont perçus sur sa succession comme s'il n'avait jamais fait partie de la participation, dont il était un des associés.

La Régie aboutit ainsi à des conséquences qui paraissent injustes pour la participation ; elle ne tient compte du passif social qui peut grever la succession d'un participant, que dans des limites très étroites ; de la sorte, les héritiers du participant risquent de payer des droits de mutation sur une valeur qui, non seulement, ne rentre pas dans leur patrimoine, mais qu'ils peuvent avoir à débourser. Au surplus, la fixation d'une part dans les

(1) Cf. Maguéro, v° Succession, n° 337.

valeurs à déclarer se fait plus rigoureusement que la fixation d'une part d'intérêt dans une société apparente.

En serait-il de même, si nous faisions régir les sociétés par le principe d'affectation spéciale du patrimoine ?

Si la participation est constituée par la création d'un patrimoine d'affectation, les participants ne demeurent plus, chacun, propriétaires de leurs apports respectifs ; il s'établit entre eux une indivision portant sur les apports et les acquisitions.

Dès lors, chaque participant n'a plus un droit à la copropriété des valeurs en nature de la masse, mais possède un droit incorporel, *un droit social* sur les bénéfices et les objets à partager de la société.

Or, si un associé participant vient à mourir et que nous *opposions*, telle que nous la comprenons, la participation à l'administration, le droit exigible sur le montant de sa succession sera perçu, non plus sur la valeur intégrale de son apport ou des biens lui appartenant comme associé de façon apparente, avec déduction difficile du passif qui peut les grever, mais sur la part sociale elle-même, élément essentiellement variable. Le droit à percevoir sera calculé sur la part de l'associé, « non dans l'actif brut de la société, mais dans le reliquat net représenté par l'excédent de l'actif sur le passif ».

De la sorte, la succession des associés en participation sera régie par le *même* principe que celle des commanditaires et leurs héritiers ne seront pas exposés à payer des droits exagérés.

Mais, évidemment, il ne pourra en être ainsi que si le patrimoine d'affectation est opposable au Fisc.

Pourra-t-on objecter que le fait de cette opposabilité va transformer la participation en société publique, et qu'elle ne peut pas être opposable sans être publique ?

Non, pour que le patrimoine d'affectation puisse être opposé au Fisc, il suffit que l'acte de société qui constate sa création ait existence réelle vis à vis de l'Enregistrement, et le seul fait de cette preuve ne porte pas atteinte au caractère occulte de la participation et ne la *transforme pas* en société publique (1).

Section III. — *Dissolution de la société.*

La dissolution d'une société peut donner naissance à la perception de plusieurs droits fiscaux : le droit fixe de 7 fr. 50 0/0, le droit proportionnel de 0 fr. 20 0/0, le droit de soulte ou de licitation et le droit de vente ordinaire sur la vente des biens sociaux, sous la réserve d'ailleurs de l'application de ce que nous appellerons « l'impôt différé ».

§ 1. — *Des droits sur l'acte de dissolution*

I. — Droit de 7 fr. 50 0/0

Aux termes de l'article 68, § 3, nº 4 de la loi de frimaire, « les actes de dissolution de société qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes », sont passibles d'un droit fixe de 3 francs ; ce droit est actuellement de 7 fr. 50 0/0, plus les décimes, d'après l'article 4 de la loi du 28 février 1872 (2).

Les conditions d'exigibilité de ce droit de 7 fr. 50 0/0 n'ont pas varié depuis la loi de frimaire ; il est avant tout *un droit d'acte* ; « son exigibilité est donc subordonnée à l'existence d'un acte ou écrit ayant pour but de constater la dissolution et présenté à l'enregistrement.

(1) Comp. supra, 328.
(2) Le droit de 7 fr. 50 0/0 est avec les décimes de 9 fr. 38.

Aussi l'Administration *ne serait pas fondée* à réclamer le droit de 7 fr. 50 en offrant de prouver qu'une société a réellement été dissoute (1). »

D'une part, ce droit ne peut être perçu que si la dissolution n'est pas la simple conséquence d'une autre disposition principale du contrat, assujettie elle-même régulièrement à l'impôt; d'autre part, le droit fixe de 7 fr. 50 0/0 ne sera seul exigé que si l'acte de dissolution ne renferme en outre *aucune autre disposition* indépendante donnant lieu à la perception d'un droit spécial.

Par acte de dissolution, il faut entendre « celui qui forme le titre de la dissolution, c'est à dire *qui dissout la société*. Un acte qui se contente de mentionner un événement ayant mis fin de plein droit à la société (2), ne porte pas dissolution et doit être soumis au droit de 3 fr. 75, établi sur les actes innommés (3) ».

L'acte portant dissolution n'est pas toujours lui-même passible du droit fixe de 7 fr. 50 ; il peut déguiser une convention, et alors le droit dû sera celui qui est exigible sur cette convention (4).

Ces règles sont les mêmes pour toutes les sociétés commerciales ; il n'y a à l'égard du droit fixe de 7 fr. 50, *aucune différence* à faire entre la participation et les autres sociétés ; ce droit ne donne lieu à aucune difficulté pour la participation ; il nous suffira de retenir l'attention sur l'absolue condition que l'acte de dissolu-

(1) Cf. Maguéro, *op. cit.*, v° Société, n° 277.

(2) Il en sera ainsi lors du décès d'un associé, de l'expiration de la durée fixée, de la perte du fonds social, de la consommation de la négociation, de l'interdiction ou de la faillite.

(3) Cf. Wahl, *op. cit.*, I, n° 1011.

(4) La prétendue dissolution pourrait, par exemple, déguiser une cession de part sociale.

tion *soit présenté* à l'enregistrement pour qu'il y ait lieu de percevoir ce droit fixe ; si donc, la dissolution d'une participation n'est constaté par aucun acte ou si celui-ci n'est pas présenté à l'enregistrement, le droit de 7 fr. 50 ne sera pas dû.

II. — Droit proportionnel de 0 fr. 20. Partage

La dissolution d'une société en participation doit être nécessairement suivie, comme pour les autres sociétés, du partage des biens sociaux ; les attributions contenues dans ce partage sont susceptibles de motiver plusieurs droits, entre autres celui de 0 fr. 20 0/0 (1). Nous allons étudier dans quelles conditions ce droit s'applique, lors des différentes hypothèses motivées par la rédaction d'un acte de partage présenté à la formalité, puisque le droit de 0 fr. 20 0/0 n'est pas un droit nécessairement dû par lui-même. Le partage peut porter sur *les apports*, *les bénéfices ou les acquisitions*.

A) En ce qui concerne *les apports*, deux situations se présentent : dans l'attribution qui en est faite consécutivement à la dissolution de la société, *ils restent* la propriété exclusive de leurs auteurs, *ils rentrent* dans le patrimoine personnel de celui des associés qui les avait apportés ; dans ce premier cas, il n'est dû d'autre droit que celui de 7 fr. 50, le droit fixe d'acte de dissolution et encore faut-il pour que cette perception existe qu'un acte soit présenté à la formalité de l'enregistrement, ainsi que nous avons eu soin de le préciser plus haut.

Telle est du moins la solution admise pour la société en

(1) Ce droit qui est maintenant de 0 fr. 20 0/0 (0 fr. 25 avec les décimes) était de 0.15 0/0 sous l'empire de la loi de 1893 (art. 19, 3°).

participation ; à l'égard des autres sociétés, la Régie exige le droit de partage de 0 fr. 20 0/0 (1). En effet, pour la participation telle que la jugent la doctrine et la jurisprudence en vigueur, en l'absence de toute stipulation contraire, chaque participant *demeure propriétaire* de son apport, il serait donc erroné et souverainement injuste de parler de partage quand le bien dont s'agit *reste* entre les mains de son propriétaire, mains desquelles il n'est jamais sorti (2).

Les apports sont *attribués à un autre* que l'apporteur. Alors, la Régie exige le *droit de mutation*, qu'il s'agisse de la participation ou des autres sociétés.

Pour la participation, en droit positif actuel, cette solution ne permet aucune discussion; si les participants sont restés propriétaires de leurs apports et si ces derniers « sont attribués à des associés autres que ceux les ayant faits, il s'opère une *véritable mutation* passible du droit de vente d'après la nature des biens transmis (3) ».

Mais, si les apports des participants sont considérés comme faisant partie d'un *patrimoine commun*, d'un patrimoine d'affectation, quelle est la solution qui doit intervenir ? Il nous semble que la règle applicable doit alors être *la même* pour la participation que pour les autres sociétés dans lesquelles les apports sont considérés comme appartenant à un patrimoine spécial : « le fonds social ».

Sur l'attribution de ces apports à d'autres que leurs auteurs la Régie exige *l'impôt de mutation*, même quand

(1) Cf. Maguéro, n° 311 ; F.-H., v° Société, n° 1140 et les renvois.
(2) Cf. Maguéro, n° 342, 1°.
(3) *Id*, n° 342, 1°.

il s'agit de personnes morales ; dans cette hypothèse, elle ne se contente pas du seul droit de partage de 0 fr. 20 0/0 ; elle exige le droit de mutation en se basant sur la théorie de l'apport valant « *mutation sous condition suspensive* ». C'est cette théorie que nous appelons celle de *l'impôt différé* et que nous discuterons à la fin du présent paragraphe. Est-elle juste, ne l'est-elle pas ?

En tout état de cause et dans toutes les sociétés, l'attribution de l'apport à d'autres que l'apporteur donne lieu au droit de mutation.

B) Le partage porte sur les *bénéfices disponibles* En ce cas, l'acte qui se borne à répartir sans soulte ni retour les bénéfices d'une entreprise entre les intéressés ne donnera lieu qu'à la perception du *droit de partage* de 0 fr. 20 0/0.

A cet égard, il ne se présente aucune difficulté pour la société en participation, si les bénéfices ont été acquis par l'indivision. Au cours de la société, on peut avoir fait emploi des bénéfices ; l'attribution de l'emploi des bénéfices sera régi par le principe de la *propriété apparente* ; si l'emploi repose apparemment sur la tête de l'un des participants, la Régie exigera le *droit de mutation* ; aussi conseillons-nous en principe de placer les bénéfices *au nom de l'indivision* ; de la sorte, le droit dû à la dissolution pour l'attribution sans soulte ne sera que celui de 0 fr. 20 0/0 (1).

C) Enfin reste le partage sur des *acquisitions faites au cours de la participation* et provenant de bénéfices dès lors immobilisés ou d'emprunts. Dans la société en participation, la Régie considère ces acquisitions comme la propriété du propriétaire apparent et se fonde sur ce

(1) Cf. Maguéro, 325.

principe pour régler la perception de l'impôt lors du partage qui en est fait.

Les acquisitions « appartiennent *non à la société* qui ne jouit pas de la personnalité civile, mais *au maître* ou gérant de l'entreprise qui les a faites et qui devient ainsi le propriétaire apparent des objets acquis. Si donc ces objets sont, lors de leur dissolution, attribués aux participants dans la mesure de leur intérêt dans l'affaire ou de leurs parts de bénéfices, il s'opère une *transmission de la propriété* ostensible donnant ouverture au droit de mutation à titre onéreux sur la valeur intégrale de ces objets (1) ».

Telle est la théorie de la Régie, mais c'est encore là une des conséquences du refus de la personnalité morale à la participation ; si nous faisons régir cette dernière par le principe *d'affectation du patrimoine*, les acquisitions appartiendront, non pas à la société, être fictif qui n'a jamais existé, mais feront partie du fonds social, du patrimoine d'affectation lui-même que l'on pourrait dévoiler à la Régie en temps opportun ; dès lors, au cas de révélation de ce patrimoine, serait-on en état de soutenir que le droit exigible à la suite de l'attribution à faire sera le *simple droit de partage* de 0 fr. 20 0/0, sauf le cas de soulte ou de retour de lot.

C'est d'ailleurs ce qu'admet la Régie quand les acquisitions sont réalisées *pour le compte des participants* dont elles deviennent ainsi la copropriété indivise. « Dans ce cas, l'acte qui attribue les biens acquis aux participants proportionnellement à leurs droits respectifs est un partage de biens indivis uniquement passible du droit de 0 fr. 20 0/0, s'il n'existe ni soulte ni retour (2). »

(1) Cf. Maguéro, 342. 3°.
(2) Cf. *Id.*, *loc. cit.*, n° 342,

Mais, dans notre théorie du patrimoine d'affectation, les acquisitions sont toujours forcément faites pour le compte des participants dont elles deviennent la copropriété indivise ; en prouvant ce patrimoine, il semble que nous n'aurions plus besoin de faire la distinction de la Régie et dans tous les cas, nous aboutirions ainsi à n'exiger que le droit de 0 fr. 20 0/0 sur le partage des acquêts sociaux.

Évidemment, si les acquisitions ont été réalisées divisément *au nom des participants*, il n'existe pas d'indivision, et dès lors, « l'acte qui constate la remise à chacun d'eux des biens leur appartenant », n'est *pas un partage*, mais un acte innommé, passible du seul droit fixe de 3 francs (3 fr. 75 avec les décimes).

III. — Droit de soulte ou de licitation

Nous avons vu que, lors de la dissolution de la participation, et en cas de partage de biens indivis, le droit de soulte est susceptible d'être perçu ; ce droit varie d'après la nature des biens partagés et l'imputation s'effectue, s'il y a lieu, de la manière la plus favorable aux parties. — N'y a-t-il pas de partage et la sortie définitive de l'indivision s'effectue-t-elle par licitation, c'est, s'agissant d'un immeuble indivis, le seul droit de 4 0/0 (plus les décimes), qui sera perçu sur la part acquise (1), ou, s'il s'agit de biens d'autre nature, le droit afférent à la nature du bien licité.

IV. — Droit de vente

Enfin, à la dissolution d'une société, les biens sociaux peuvent être vendus à un étranger, soit que l'acte de dissolution contienne lui-même leur adjudication, soit que

(1) Cf. Maguéro, *loc. cit.*, nº 342.

l'adjudication soit faite une fois la société dissoute. Dans tous les cas et sans qu'il y ait lieu d'établir aucune distinction entre les sociétés, le *droit de mutation* sera toujours dû et il variera suivant la nature des biens vendus.

§ 2. — *Théorie de l'impôt différé*

Nous savons que lors de l'attribution, en fin de société, des apports à un autre que l'apporteur, la Régie exige non le droit de partage, mais le droit de mutation ; pour la perception de ce droit, elle considère non la valeur de l'apport au moment de la dissolution, mais sa *valeur au moment de la mise en société* et elle applique le tarif du jour de l'apport ; car, selon elle, l'impôt exigible à la dissolution n'est autre que celui qui aurait dû frapper l'apport à l'origine de la société, mais dont on *a différé* la perception pour des motifs spéciaux.

C'est ce que nous avons voulu appeler la théorie de *l'impôt différé.*

Nous allons exposer un peu longuement cette théorie pour apprécier si elle est juridiquement exacte.

L'apport, dans une société commerciale, est sujet au simple droit proportionnel de 0 fr. 20 0/0 ; il est exempt du droit proportionnel de mutation.

Quelle est la raison de cette exemption ? Diverses théories ont été exposées pour la justifier ; elles ont été ainsi résumées dans une revue spéciale : « Quatre opinions ont été émises pour justifier l'exemption du droit de mutation sur les apports et en tirer les conséquences fiscales. La première, celle du *T.A.*, v° Société n° 120, estime que « l'apport en société est translatif de pro-

« priété en droit fiscal comme en droit civil, mais pour « des motifs particuliers (faveur du législateur ou carac- « tère non translatif de l'apport dans le droit interme- « diaire), *il a été exempté* de l'impôt proportionnel, qui « frappe toute mutation, c'est à dire tout passage de la « propriété d'une tête sur une autre... or, toute exemp- « tion équivaut à paiement. »

La seconde opinion, défendue par M. Wahl (1), estime que « la loi fiscale *nie* purement et simplement la mutation, c'est à dire feint que l'apporteur reste propriétaire exclusif des biens apportés (2) ».

Récemment, M. Naquet a voulu justifier une autre théorie, qui mettrait d'accord certaines décisions judiciaires paraissant contradictoires. « L'exemption du droit proportionnel sur les mises d'apport en société est *due à la faveur* que méritent les sociétés... Mais au cas de dissolution, et sauf l'application pour les rétrocessions de la règle *media tempora non nocent* l'attribution d'un bien à un autre que l'apporteur n'est pas une mutation d'associé à associé, mais de la société à un associé remontant au jour de la dissolution de la société (3) ».

Enfin, le quatrième système est celui de l'Administration ; il y a *mutation* au moment même de la formation de la société, mais cette mutation est affectée de *la condition suspensive* que le bien sera placé dans le lot d'un sociétaire autre que l'apporteur. Le bien est-il repris par l'apporteur, la condition a défailli, il n'y a pas mutation. Le bien est-il attribué à l'associé autre que l'apporteur, la condition est réalisée ; la mutation rétro-

(1) Cf. Wahl, *op. cit.*, I, 543.
(2) Cf. Arthuys, *op. cit.*, n° 987.
(3) Cf. *R. E.*, 5125.

agit jusqu'au jour de la mutation conditionnelle (1).

La jurisprudence a sanctionné cette opinion par de nombreuses décisions (2). Elle l'a même tellement faite sienne, qu'elle en applique la doctrine à l'hypothèse précédemment prévue d'un apport, effectuée à une société se rapprocha ntde l'état de copropriété (3).

Les conséquences fiscales de ce quatrième système veulent : « 1° Que l'impôt de la transmission, à titre onéreux, soit liquidé sur la valeur des objets attribués, en fin de société, à l'associé autre que l'apporteur, *telle qu'elle est fixée au pacte social* (4), sans s'arrêter au point de savoir si la valeur des objets a augmenté ou diminué durant le cours de la société; 2° que le tarif applicable soit celui en vigueur lors de la constitution sociale et non celui en vigueur au moment de l'attribution (5). »

Or, nous estimons la théorie de l'administration *erronée* dans son principe et *injuste* dans ses conséquences.

Son principe est inexact; avec M. Maguéro (6), nous pensons que l'apport en société opère une *translation immédiate* de propriété en droit fiscal comme en droit civil ; il ne peut être question d'une mutation sous condition suspensive ; au moment de l'attribution de l'apport à un autre que l'apporteur en fin de société, il ne saurait être réclamé dès lors que le *droit de partage*. Mais les arrêts de la Cour de Cassation condamnent formellement cette conséquence logique de l'appropriation du droit civil en droit fiscal.

(1) Cf. *D. E.*, v° Société, n°s 334 et s.
(2) Cf. *Rép. gén.*, v° Société, supplément, n° 272 ; Arthuys, *op. cit.*, 987, note 3 et Wahl, *op. cit.*, I, 486, note 1.
(3) Cf. Arthuys, 34.
(4) Voir cependant pour les marchandises d'un fonds de commerce, R. P., 101, 122.
(5) Cf. *Moniteur du Commerce et de l'Industrie*, 1er décembre 1910.
(6) *T. A.*, note 1 sous le n° 303, v° Société.

De plus, les conséquences de la théorie administrative sont injustes ; l'assiette de l'impôt est fixée en considération de la *valeur de l'apport au moment de la mise en société*, or cet apport peut avoir diminué de valeur au moment du partage. Nous connaissons des sociétés dans le patrimoine desquelles, des immeubles valant 10.000 francs au moment de l'apport ne valaient plus que la moitié de cette somme au moment du partage ; il est donc souverainement *injuste* de taxer l'attribution des apports en se basant sur leur valeur originaire.

En serait-il de même, si, au lieu de la personnalité morale, nous appliquions aux sociétés la théorie du *patrimoine d'affectation* ?

Non, dans cette dernière théorie, l'apport du bien en société ne peut s'analyser en une transmission de propriété ; il n'y a *pas transmission* au profit du patrimoine social, ce patrimoine ne peut être lui-même propriétaire puisqu'il est à la fois propriété et propriété collective ; l'apport du bien en société devient donc une *simple mise en commun*. Dès lors, il n'y a plus de mutation possible au moment de l'apport, il ne peut y avoir lieu qu'à un droit d'apport, à celui de 0 fr. 20 0/0 ; au moment du partage, on ne saurait parler d'impôt différé, puisque cet impôt n'a *jamais pu naître* ; on devra donc taxer l'attribution des apports à d'autres que l'apporteur en se basant sur la *valeur actuelle* de l'apport au moment du partage et en appliquant le tarif actuel. Telle est une conséquence logique de plus en faveur de la participation, comme d'ailleurs à l'égard de toutes les autres sociétés, de la théorie nouvelle du patrimoine d'affectation.

CHAPITRE DEUXIÈME

TAXES SUR LES SOCIÉTÉS

Dans notre premier chapitre, nous avons examiné les principales questions qui se posent à propos des droits d'enregistrement dans la participation. Nous n'avons, pas envisagé la participation sous tous ses aspects en face de la Régie, cette étude aurait dépassé le cadre de notre travail. Nous avons préféré creuser davantage les questions qui paraissaient présenter le plus d'intérêt théorique ou pratique dans l'application à la participation de la théorie du patrimoine d'affectation; nous avons, en conséquence, laissé de côté toutes les questions de détail traitées d'ailleurs dans les ouvrages généraux et qui ne pouvaient faire l'objet d'aucune discussion intéressante au point de vue qui nous occupe.

C'est également la méthode que nous suivrons dans le chapitre II en nous occupant du droit de *transmission des titres*, du *droit de timbre* et de *l'impôt sur le revenu* qui frappent certaines sociétés au cours de leur existence, se prolongeant jusqu'à la fin d'une liquidation et qui peuvent, en certaines circonstances, toucher la participation, prise comme telle ou comme ayant emprunté une des formes sociales prévues par la loi.

§ 1. — *Taxe sur la transmission des titres*

Nous avons déjà signalé l'article 69, § 2, nº 6 de la loi du 22 frimaire an VII qui « frappait d'un droit de 0 fr. 50 0/0 les cessions et coupons d'actions (1) mobilières des compagnies et sociétés d'actionnaires ».

Il édictait un impôt spécial sur la transmission des titres ; nous allons étudier ici cet impôt spécial.

Au paragraphe deuxième du chapitre précédent, nous avons envisagé la transmission des biens de la participation et de la *part sociale ;* il faut bien se garder de confondre cette dernière avec les titres négociables, nous avons déjà indiqué les motifs qui en imposaient la distinction (2). La part sociale n'est qu'un *droit de créance* destiné à réglementer les rapports entre associés et dont la circulation ne met en jeu que l'article 1690 du Code civil; il n'en est pas de même des actions, obligations, parts bénéficiaires ou parts de fondateur envisagées en tant que titres négociables ; ce sont elles uniquement que vise cette étude.

Au début, la Cour de cassation, comme pour les cessions de parts sociales (3), exigeait sur les cessions d'actions le *droit de vente mobilière* de 2 0/0 (4), elle ne faisait pas application de l'article 69, § 2, nº 6.

(1) « Les coupons d'actions que prévoit l'art. 69, § 2, n° 6, ne sont pas les titres qu'on appelle aujourd'hui de ce nom, c'est à dire les fragments donnant droit aux intérêts ou dividendes, et détachés des titres, mais les coupures : c'est à dire les fractions d'actions, lorsque les actions ont été subdivisées en plusieurs titres. » Demante, *Principes de l'Enregistrement*, II, n° 507.

(2) V. *supra*, p. 345 et IIIe partie, section II, § 4.

(3) V. *supra*, p. 347.

(4) Cf. Cass., 7 avril 1824 (S. chr.) ; Cass , 14 avril 1824 (S. chr.) ; Strasbourg, 6 juin 1821, sous Cass., 2 avril 1824, précité.

Mais la Régie, elle-même, reconnut bien vite que les cessions d'actions étaient soumises au droit de 0 fr. 50 0/0 et le débat porta seulement sur le point de savoir si le même droit devait être appliqué aux parts sociales (1).

Lorsque fut créé par la loi du 5 juin 1850 le droit de timbre proportionnel sur les titres, on voulut compenser la charge qui en résulta pour les sociétés, en dispensant d'enregistrement les transmissions de titres : « Au moyen du droit établi par l'article précédent, les cessions de titre ou de certificat d'action seront exemptes de tout droit et de toute formalité d'enregistrement », porte l'article 15 de la loi, que l'article 32 étendit aux obligations.

Cette législation a été remplacée par l'article 6 de la loi du 23 juin 1857, qui rétablit non seulement l'impôt sur la cession des titres, mais laquelle, dans le but de rendre obligatoire le paiement du droit, dispose qu' « indépendamment des droits établis par le titre II de la loi du 5 février 1850 (droits de timbre), toute cession de titres ou promesses d'actions et d'obligations dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, financière, industrielle, commerciale ou civile, quelle que soit la date de sa création, est assujettie à partir du 1er juillet 1857, à un *droit de transmission* de 20 centimes par 100 francs de la valeur négociée. Ce droit pour les titres au porteur, et pour ceux dont la transmission peut s'opérer sans un transfert sur les registres de la société, est converti en une taxe annuelle et obligatoire de 12 centimes par 100 francs du capital des dites actions et obligations, évalué par leur cours moyen. »

(1) Cf. Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, I, nº 719. v. *supra*.

Il y a donc *deux façons* d'acquitter l'impôt en ce qui concerne la transmission des titres ; on l'acquitte au comptant pour la transmission des titres nominatifs, et par échéance trimestrielle pour la transmission des titres au porteur.

Actuellement, depuis la loi du 26 décembre 1908, articles 5 et 6 (1) d'une part, « le taux du droit de transmission auquel sont assujettis les *titres nominatifs* des actions et des obligations françaises par le § 1er de l'article 6 de la loi du 23 juin 1857 et par les articles 11 de la loi du 16 septembre 1871 et 3 de la loi du 29 juin 1872 est porté à 75 centimes par 100 francs » ; d'autre part, « le droit de vingt centimes par cent francs (0 fr. 20 0/0) auquel sont assujettis les *titres au porteur* en vertu des articles 6 et 9 de la loi du 23 juin 1857, 11 de la loi du 16 septembre 1871, 1er de la loi du 30 mars 1872 et 3 de la loi du 29 juin 1872, est élevé à vingt-cinq centimes par cent francs (0 fr. 25 0/0) sans addition de décimes ».

Tel est l'état définitif de la législation sur ces droits, quelle est la situation de la société en participation à leur égard ?

D'après M. Wahl, (2) les sociétés dépourvues de la personnalité morale ne sont pas exemptes de ces taxes sur les sociétés ; « telles sont par exemple les associations en participation ».

Cependant, à la fin de son ouvrage, au cours d'une brève comparaison entre les diverses catégories de sociétés au point de vue fiscal, M. Wahl écrit : « quant aux taxes globales, l'association en participation *ne les*

(1) Cf. loi 26 décembre 1908, art. 5 et 6 (S., 1909, IV, 913).
(2) Cf. Wahl, *op. cit.*, I, n° 1247.

payé pas en général, la jurisprudence lui interdisant d'émettre des titres, qui seraient soumis aux droits de transmission et de timbre (1) ». En effet, et selon nous-mêmes, la question ne peut se poser pour les sociétés en participation de savoir si la transmission de leurs titres est sujette au droit de 0 fr. 50 0/0 édicté par la loi de 1872.

On sait que M. Wahl admet pour la participation la possibilité d'émettre des titres soit pour sa constitution, soit après sa constitution ; mais, selon nous, cette forme de société *ne peut* faire de semblables émissions sans aussitôt perdre son caractère occulte et dégénérer de par ce seul procédé en une autre société. Quoique, basant ses conclusions sur d'autres motifs que les nôtres (2), la jurisprudence aboutit exactement à la *même solution ;* on peut donc dans l'état actuel de la législation et selon une doctrine rationnelle, poser en principe qu'une société en participation émettant des titres négociables, n'est plus une participation ; dès lors, la question de l'application du droit de 0 fr. 50 0/0 ne peut pas logiquement se poser pour elle.

Est-ce à dire qu'*en fait,* lorsqu'une participation comprendra des émissions de titres soumis à la loi de 1872, ceux-ci ne seront taxés d'aucun droit? Pas le moins du monde, ils seront exactement *soumis aux mêmes droits* que ceux émis par une société anonyme (3), et alors la question ne revient en somme qu'à une ques-

(1) V. Dalloz, *Rép. Suppl.*, v° Enregistrement, n° 1459.
(2) V. *suprà*, p. 207 et s.
(3) Cf. solution du 29 octobre 1895, où il est déclaré que les titres d'une participation « lorsqu'ils peuvent être transmis non seulement aux associés, mais encore aux tiers étrangers à la société, avec l'agrément de l'assemblée générale ont tous les caractères d'actions négociables, et sont imposables, à ce titre, au droit de timbre proportionnel et à la taxe de transmission. » R. E., 1896, n° 1125.

tion de mots ; les titres seront considérés comme appartenant soit à une société anonyme, soit à une commandite par actions, mais ce ne seront pas les titres d'une participation.

§ 2. — *Droit de timbre*

D'après la loi du 5 juin 1850, article 14, alinéa 1, « chaque titre ou certificat d'action dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, financière, commerciale, industrielle ou civile, que l'action soit d'une somme fixe ou d'une quotité, qu'elle soit libérée ou non libérée, émise à partir du 1er janvier 1851, sera assujetti au timbre proportionnel », lequel est de 0 fr. 50 0/0 ou de 1 0/0 suivant les cas (2 décimes) sous réserve de l'abonnement facultatif établi par l'article 22 de la même loi.

L'article 27, alinéa 1, de la même loi dit également : « Les titres d'obligations souscrits à compter du 1er janvier 1851 par les départements, communes, établissements publics, communes et compagnies, sous quelque dénomination que ce soit, dont la cession pour être parfaite à l'égard des tiers, n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1690 au Code civil, seront assujettis au timbre proportionnel » (2/10 Loi du 23 août 1871, article 12. L. 30 mars 1872, article 3.) sous réserve aussi de l'abonnement facultatif (article 31). Le timbre proportionnel sur les valeurs mobilières est exclusivement *un droit de timbre* (1). Pour que ce droit soit dû sur les titres, il faut que les titres ne soient pas faux, mais les titres nuls n'échappent pas aux droits ; les titres assujettis sont tous des titres négociables (2), c'est à dire des titres

(1) Wahl, *op. cit.*, II, 4.
(2) Id. *op. cit.*, II, chapitre III, 13 et s.

tels que par le seul fait de leur circulation, ils soient imcompatibles avec la nature occulte de la participation.

De même que pour les droits de transmission, M. Wahl écrit : « Il n'est pas nécessaire que la société ait la personnalité morale pour que ses titres soient soumis au timbre ; la loi ne distingue pas (1).

« Les actions d'une société en participation sont donc soumises au droit de timbre proportionnel (2). »

Nous appliquerons le même raisonnement qu'au paragraphe précédent, aussi ne réserverons-nous pas de grands développements à ce point spécial. Le droit de timbre *est exigible* sur les mêmes titres et dans les mêmes conditions que le droit de transmission, la question de son application aux sociétés en participation *ne peut donc* pas plus *se poser* pour lui que pour le premier droit.

Comme pour le droit de transmission et la jurisprudence interdisant à la participation d'émettre des titres, on ne saurait parler d'exiger le droit de timbre de cette nature de société ; M. Whal le reconnaît également (3).

Mais, de même qu'il est impossible d'exempter de tout droit les titres émis par une soi-disant société en participation, de même on ne peut les exempter du droit de timbre ; comme pour la première de ces taxes, on ne saurait s'autoriser de la perception de ces droits pour prétendre que la participation peut émettre des titres et que la jurisprudence en admet la validité ; en réalité de par le seul fait de *l'existence des titres*, il n'y

(1) V. cependant, Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement*, V° société, n° 378-3.
(2) Wahl, *op. cit.*, t. II, n° 1570.
(3) Id., *op. cit.*, II, appendice III, n° 1, 740. *D. E.*, v° Actions et Obligations, n° 18.

a plus participation, mais société anonyme ou en commandite par actions. Au fond, les droits devant être toujours perçus alors même que les titres émis seraient nuls (1), la discussion n'a d'autre intérêt, lorsqu'elle est résolue en notre sens, que celui de ne pas fournir un argument à la théorie admettant les émissions de titres dans la participation.

§ 3. — *Taxe sur le revenu*

« Avec le droit de transmission et le timbre d'abonnement, l'impôt de 4 0/0 sur le revenu constitue l'une des trois taxes que les sociétés et autres collectivités acquittent trimestriellement. L'article premier, alinéa 1 de la loi du 29 juin 1872, qui est la loi fondamentale en cette matière, l'a créé dans les termes suivants : « *Indépendamment des droits de timbre et de transmission établis par les lois existantes, il est établi à partir du 1^er^ juillet 1872, une taxe annuelle et obligatoire sur ...* »

« Cette loi a été le résultat inattendu d'un débat qui s'était engagé à l'Assemblée nationale, après les désastres de 1870, sur l'introduction en France d'une institution fiscale analogue à l'*income tax* anglais (2). »

La taxe de 4 0/0 porte : 1° sur « les intérêts dividendes revenus et tous autres produits des actions de toute nature, *des sociétés*, compagnies ou entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles, quelle que soit l'époque de leur création ; 2° sur les arrérages et intérêts annuels des emprunts et obligations des départements, communes et établissements

(1) Wahl, *op. cit.*, t. II, n° 1581, 14.
(2) Id., *op. cit.* t. II, n° 1923.

publics ainsi que des sociétés, compagnies et entreprises ci-dessus désignées ; 3° sur les intérêts, produits et bénéfices annuels des parts d'intérêts et commandites dans les sociétés, compagnies et entreprises dont le capital n'est pas divisé en actions (1) ».

L'impôt sur le revenu n'est pas perçu à l'occasion de l'analyse d'un acte ou d'une mutation sur un registre, il n'est donc *pas un droit d'enregistrement* (2).

Les règles du droit de timbre ne sont pas davantage applicables à l'impôt sur le revenu (3).

La taxe sur le revenu est un *impôt direct*, comme tout impôt sur le revenu (4), mais il n'est pas une contribution directe.

Telles sont l'origine et la nature de cet impôt ; est-il applicable à la société en participation ?

A) Le 25 août 1879, la Régie, au sujet d'une société en participation, rendait une solution aux termes de laquelle cette société ne constituant pas un être moral *échappe* à l'impôt sur le revenu. « Il est vrai, explique la Régie, que la loi atteint également les compagnies entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles. Mais on ne saurait prétendre que les participations, si elles ne sont pas des sociétés, sont au moins des entreprises, car bien que le législateur ait employé une formule générale, la Cour de cassation a expliqué qu'il s'agissait des associations ou des collectivités ayant une existence propre (5), en un mot d'une *personnalité juridique* ou d'un établissement industriel,

(1) Loi du 29 juin 1872, art. 1er.
(2) Cass., 3 avril 1878 (S., 78, I, 279) ; Cass., 29 août 1881 (S., 72, I, 181) Cass. 18 avril 1883 (S., 84, I, 395).
(3) Cass., 3 avril 1878 précité.
(4) Besson, *Traité pratique de la taxe 4 0/0 sur le revenu*, n° 22.
(5) V. Cass., 6 août 1878 (S. 79, I, 474).

commercial, public ou d'utilité publique (1). » Plus tard, le Tribunal de Lille rendait un jugement suivant lequel « l'association en participation qui ne forme pas, comme les autres sociétés commerciales, une personne juridique distincte des personnes des contractants, qui n'a *pas d'existence* à l'égard des tiers, en sorte que les opérations ne peuvent se faire que sous le nom personnel de l'un des associés et qui ne constitue *pas* dès lors une *véritable société*, échappe à l'application de la taxe de 4 0/0 sur le revenu (2) ».

La Régie avait paru se prononcer dans le même sens, à propos de l'affaire sur laquelle le jugement de Lille avait statué, en soutenant seulement que la société qu'elle voulait soumettre à la taxe avait le caractère non d'une participation mais d'une société en nom collectif (3).

Le 18 octobre 1881, la Régie disait dans une nouvelle solution qu'il était « prudent de *ne pas exiger de taxe d'une association en participation*, car la jurisprudence incline à admettre que la loi du 29 juin 1872 *est inapplicable* aux conventions de ce genre (4) ».

Le 13 avril 1886, la Cour de cassation (5) rendait un arrêt aux termes duquel « l'acte par lequel une société civile et particulière est formée pour la mise en valeur d'immeubles et qui détermine les apports et règle le partage des bénéfices à réaliser, ne constitue *pas une simple association en participation*, mais présente les caractères essentiels du contrat de société, bien que la société n'ait ni siège social, ni raison sociale et n'ait pas

(1) V. Besson, *op. cit.* n° 66.
(2) Lille, 20 mars 1880 (D., 1880, V., 389).
(3) Garnier, *Répertoire périodique*, 1880, n° 5.501.
(4) J.-E., art. 21-821.
(5) Cass. 13 avril 1886 (S., 87, I 181 ; D., 86, I, 185).

été publiée, si d'ailleurs, les stipulations de l'acte social loin d'établir que les parties sont restées propriétaires exclusives de leurs apports, prouvent le contraire en parlant de l'administration et du partage de l'actif social (Code civil, 1832, Code de commerce, 47),... l'impôt sur le revenu *est donc applicable* à cette société d'après la loi du 29 juin 1872. »

A l'occasion de l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, lequel se prononçait implicitement dans le sens de la non application de la taxe de 4 0/0 à la participation, la Direction générale de l'Enregistrement a soutenu très catégoriquement que les sociétés en participation *sont régies* par le texte compréhensif et absolu de la loi du 29 juin 1872 (1).

Mais la Cour de Cassation n'en persista pas moins dans sa manière de voir et, le 9 février 1887 (2), elle rendait un arrêt selon lequel « la loi du 29 juin 1872 n'est *pas applicable* aux sociétés en participation dès lors qu'elle ne frappe de l'impôt sur le revenu que les capitaux dont les propriétaires se déssaisissent au profit d'une société constituant un être moral et ayant une personnalité juridique distincte ».

Actuellement, la jurisprudence *est en ce sens* ; selon elle, donc, la participation *échappe* à l'impôt de 4 0/0 sur le revenu (3).

Elle considère que l'article premier de la loi du 29 juin 1872 ne frappe pas la société qui n'a pas une personnalité

(1) *Répertoire périodique*, Garnier, 1886, n° 6665.

(2) Cass., 9 février 1887 (S., 1888, I, 177 ; D., 1887, I, 439).

(3) V. Seine, 18 décembre 1885, (S., 1888, I, 177, même espèce que Cass., 9 février 1887 précité, et où le Tribunal adopte les motifs de Lille, 20 mars 1880, précité) ; Seine, 29 décembre 1885, S., 87, I, 181, même espèce que Cass. 13 avril 1886 précité) ; Seine, 17 janvier 1890 (R. P., n° 7386) ; Seine, 29 janvier 1892 (S., 94, I, 294) ; Chatellerault, 17 décembre 1906 (R. P., n° 11, 377).

morale ; elle ne dit pas au fond, comme on pourrait le croire, que la participation n'est pas une véritable société ; mais, d'après elle, le revenu qui est frappé par la loi de 1872 doit être celui d'un capital appartenant à une société quelconque, mais dont *l'existence est propre* et distincte du patrimoine de chaque associé ; or la jurisprudence n'admet pas qu'il puisse en être ainsi dans la société en participation où, selon l'arrêt du 9 février 1887, les participants ne se déssaisissent pas de leurs capitaux au profit d'un être moral, mais en demeurent propriétaires ; la jurisprudence ne fait d'ailleurs qu'être très logique avec elle-même, elle ne saurait taxer les revenus d'un capital social qui, à ses yeux, n'existe pas.

B) *Quel est l'état de la doctrine sur la question?*

α) Certains auteurs enseignent, conformément aux dernières conclusions de la Régie, que la participation *est soumise* à la loi de l'impôt sur le revenu (1).

D'après eux, en général, la Cour de cassation décide que la participation est une véritable société (2), et la logique « conduit irrésistiblement à admettre que la loi du 29 juin 1872, conçue en termes très généraux, s'étend aux participations, aucune des deux lois du 28 février et du 29 juin 1872 ne font de distinction entre les sociétés diverses qui peuvent se former entre particuliers, il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas (3) ».

C'est la théorie de l'*interprétation stricte*.

(1) V. en ce sens Naquet, R. P., nº 6816 ; Besson, *Traité pratique de la taxe de 4 0/0 sur le revenu*, nºs 6672 et s. ; Demante, *Principes de l'enregistrement*, II, nº 523, 110 ; Arthuys, *Traité des sociétés commerciales*, II, nº 981.

(2) Cf., Cass. 30 décembre 1884 (S., 1886, I, 321).

(3) Note sous Cass., 9 février 1887 (S., 1888, I, 177).

Cette opinion est celle de M. Naquet qui la développe au cours d'une critique d'un article de M. Testoud (1). D'après M. Naquet, « la loi de 1872 vise *sans distinction* ni réserves tous les actions et toutes les parts d'intérêts dans les sociétés quels qu'en soient le caractère et la nature.

« Rationnellement d'ailleurs, *qu'importe* qu'il y ait une société publique ou, du moins, se révélant aux personnes qui traitent avec elle, comme cela a lieu le plus habituellement (non pas nécessairement), pour les sociétés civiles, ou qu'il y ait une société absolument inconnue du public, comme cela se produit presque toujours en matière de participation (pas nécessairement non plus)? Cela est indifférent vis à vis du fisc. La loi s'est proposée pour but d'imposer les revenus des sociétés. Dès lors, l'impôt doit être exigible, dès qu'il y a des capitaux employés dans un intérêt commun et des bénéfices à réaliser. »

β) Selon la majorité des auteurs, la taxe de 4 0/0 n'est pas applicable à la société en participation (2).

Les raisons qui motivent leur opinion diffèrent entre elles.

La *plupart des auteurs* prétendent que la participation échappe à la taxe de 4 0/0 parce qu'elle *n'est pas une personne morale.*

C'est l'avis de M. Tanquerey (3), c'est également celui

(1) V. Testoud, Impôt sur le revenu et société en participation, R. C., 1887, 79.

(2) V. en ce sens : Primot, *Traité théorique et pratique des taxes fiscales établies sur les valeurs mobilières françaises et étrangères*, n° 625 ; *D. E.*, v° Actions et Obligations, n° 625 ; Demasure, *Traité du régime fiscal des sociétés*, n° 200 ; J. Vavasseur, *L'impôt sur le revenu*. 1887, n° 17; Tanquerey, *L'impôt sur le revenu*, 1887, n° 27 ; Garnier, v° Impôt, n° 11 ; *T. A.*, v° Société, n° 69 ; Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, II, n°s 19, 67et s.

(3) Tanquerey, *op. cit.*, n° 27.

de M. Vavasseur suivant lequel, « les associations en participation ont des caractères particuliers qui les différencient des sociétés : leurs membres agissent individuellement, en leur propre nom ; la participation ne se manifeste pas au public, elle ne produit aucun effet à l'égard des tiers, elle n'engendre pas un être moral, elle n'a pas à proprement parler de capital social ; ces différences suffisent à distinguer les participations des sociétés véritables ; ces associations ainsi définies ne sont pas des sociétés et doivent, par conséquent, échapper à la loi du 29 juin 1872 (1) ».

D'*autres auteurs*, au contraire, soutiennent que la personnalité morale n'a aucune influence au sujet de l'application de la loi sur le revenu.

C'est ainsi que, d'après M. Testoud qui accepte au fond les solutions des tribunaux, l'impôt n'est pas exigible parce que la participation est *occulte* ; « une société ne serait passible de l'impôt sur le revenu que quand elle existerait comme société *erga omnes* et non point quand elle ne se manifesterait avec son caractère qu'entre les associés (2) ».

De l'avis de M. Testoud, ce n'est pas parce que la participation n'est pas une société qu'elle échappe à la loi de 1872, mais parce qu'elle est une société spéciale ; le vrai motif est que, pour le public, (et le fisc ne doit être considéré que comme tel), il n'y a dans la participation que des *individualités ;* autrement dit, la participation n'est une société que dans les rapports entre les associés, la répartition des bénéfices entre eux est essentiellement occulte et le fisc ne peut en avoir connaissance ; vis à vis de lui, il n'y a qu'une seule personne : le gérant, ou

(1) Vavasseur, *op. cit.*, n° 17.
(2) Cf., Testoud, *R. Crit.*, 1887, 79.

plusieurs individus isolés dans la forme collective occulte ; *vis à vis du fisc, il n'y a pas de société*, il lui est impossible de taxer les individualités qu'il peut connaître, celles-ci ne formant pas une société telle que la comprend la loi de 1872.

M. Wahl ne pense pas davantage que la personnalité morale puisse trancher la question ; selon lui, « la société en participation *n'a pas d'existence* vis à vis des tiers, de sorte que les engagements d'un associé pour le compte de la société n'engagent que lui au lieu d'engager en même temps ses coassociés, et ne constituent pas des opérations sociales. La Régie est *l'un des tiers*, vis à vis desquels la société n'existe pas.

« On tire à tort une objection de ce que la constitution d'une société en participation est passible du droit d'enregistrement dû sur les constitutions de société ; ceci s'explique parce que ce droit est dû toutes les fois qu'il y a union d'intérêts ; cette union existe entre les participants, puisqu'ils doivent se répartir les bénéfices et les pertes de l'exploitation. Mais, vis à vis des tiers, il n'y a pas de société.

« Cela est vrai *même* si la société en participation a un fonds *commun*, où entrent les bénéfices des opérations et que les associés partagent entre eux lors de la dissolution (1).

« Ce fonds commun ne prouve pas l'existence de la société, dès lors que les associés ont gardé la propriété de leurs apports, car on le rencontre également dans la simple indivision.

« Il reste que la société n'a pas d'existence.

« Il en est de même si l'association est par actions, bien que l'opinion générale lui refuse le droit d'émettre des

(1) Cf. Chatelleraut, 17 décembre 1906, R.P., 11.377.

actions. La raison est la même que pour les sociétés en nom collectif par actions. En tout cas, les associations en participation échappent à l'impôt si elles réunissent le double caractère d'être en nom collectif et d'avoir un objet commercial (1). »

C) Nous nous rallions aux raisons données par M. Wahl et M. Testoud, elles nous semblent convaincantes : aux yeux du Fisc, comme des tiers, la participation ne laisse paraître qu'un *simple particulier* dirigeant une entreprise ; à l'égard du fisc la participation *n'est pas une société* aux termes de la loi de 1872, et la Régie ne peut frapper de la taxe de 4 0/0 les bénéfices qu'un simple particulier, et non une société, répartit entre d'autres individualités, dont elle n'a d'ailleurs *pas* connaissance.

Cette conclusion que nous adoptons est *parfaitement en harmonie* avec notre théorie du patrimoine d'affectation : de même qu'un fonds commun entre des personnes s'associant ne prouve pas l'existence de la société, de même le patrimoine affecté reste connu uniquement des parties tant qu'on ne l'invoque pas et la société en participation constituée par affectation spéciale garde toujours son caractère occulte et *n'en a pas davantage* d'existence à l'égard des tiers, à moins que les participants ne veuillent invoquer cette existence.

Si l'Administration connaît la participation ou si on la lui oppose, la taxe de 4 0/0 est-elle due ? Nous savons que la participation n'a pas une forme à elle propre, qu'elle n'est qu'une modalité occulte, tantôt de la commandite, tantôt de la société en nom collectif ; or, il existe une raison *absolument péremptoire*, parce que légale, pour soustraire la participation sous ces deux formes à la loi de 1872.

(1) Wahl, *op. cit.*, II, n° 1968.

Les termes de cette dernière étaient très généraux, ils l'étaient trop même et ont nécessité la création d'une loi spéciale pour excepter de leur application certaines sociétés que les partisans de l'interprétation stricte auraient voulu soumettre à la taxe malgré leur nature qui s'y opposait.

Ceci prouve déjà, à l'encontre des auteurs pour lesquels le caractère de société de la participation suffisait à l'assujettir à l'impôt sur le revenu, qu'il ne faut pas attacher une importance excessive aux termes mêmes d'une loi, si généraux sont-ils, surtout lorsque l'application qu'on voudrait en faire est en contradiction avec la nature des institutions qu'on entendrait leur faire régir.

Le 1er décembre 1875, intervenait donc une loi aux termes de laquelle : « Les dispositions de l'article 1er, § 3 de la loi du 29 juin 1872, ne sont pas applicables aux parts d'intérêts dans les sociétés commerciales en nom collectif, et elles ne s'appliquent, dans les sociétés en commandite dont le capital n'est pas divisé par actions, *qu'au montant* de la commandite (1). »

La discussion semble devoir se solutionner *immédiatement* en face des termes si formels de ce texte : la participation est-elle une société en nom collectif occulte ? Elle a la même nature que si elle était publique et doit être traitée comme telle ; en admettant même qu'elle comporte des parts d'intérêts, elle ne serait pas assujettie à la taxe de 4 0/0 et, *à fortiori*, y a-t-il assimilation complète avec la société en nom collectif simple, *la taxe n'est pas due*. La participation est-elle une commandite occulte simple ? (nous savons qu'elle ne peut être une comman-

(1) V. D., 1876, IV, 17.

dite occulte par actions, ces termes étant essentiellement contradictoires), elle échappera de même à la taxe de 4 0/0. En effet, selon la loi de 1875, la taxe ne porte que sur le *montant* de la commandite ; or, puisque la jurisprudence et les auteurs refusent à la participation l'affectation du patrimoine, ni les tiers, ni le Fisc *ne peuvent connaître* le montant de l'affectation et l'affectation elle-même ; dès lors, l'application de la taxe *devient impossible* d'autant plus que la participation n'est une commandite *qu'entre les parties*, mais qu'aux yeux du Fisc, les capitaux dont dispose le gérant ne sont que ceux *d'un simple particulier* et non ceux fournis par des commanditaires. Cependant, il est des cas où les participants commanditaires cachés auront avantage à invoquer en face des prétentions du Fisc l'existence du patrimoine d'affectation spécialisé en commandite ; dans cette hypothèse, la taxe de 4 0/0 sera due sur la valeur spécialisée ; mais on remarquera qu'il faut à notre sens que ce fait soit opposé par les parties à l'Administration tandis qu'il n'est pas possible à cette dernière d'en faire preuve.

D'après certains auteurs, la participation, en toute hypothèse, est assujettie à la taxe de 4 0/0 ; pour notre part, nous concluons qu'à raison des arguments invoqués à la fin de notre travail, la participation *doit échapper à l'impôt* sur le revenu de 4 0/0, établi par la loi du 29 juin 1872, article premier.

L'étude concise, à laquelle nous venons de nous livrer, d'une partie de l'important domaine du droit fiscal, paraîtra avoir laissé de côté certaines questions, objet de discussions ou de controverses ; nous n'avons voulu nous occuper seulement que de ce qui touchait immédiatement à la participation, et ce sera l'excuse de la brièveté qui pourrait nous être reprochée.

CONCLUSION

« C'est surtout après avoir étudié la participation qu'il est juste de dire que la vie de l'association, c'est la liberté ! Elle est un mode d'association très pratique ! »

Telle était en 1887 la conclusion de M. Poulle.

La grande liberté dont jouit la participation donne des résultats déplorables, elle ne rend pratique cette forme d'association que pour les professionnels de la fraude, on doit s'en servir le plus rarement possible et seulement pendant un laps de temps limité. Le criterium de la participation est *double*, il réside dans son *caractère occulte* et dans sa *courte durée* : telle est la principale conséquence juridique de notre étude, telle est notre conclusion.

Nous connaissons les inconvénients actuels de la société en participation, il nous reste à rechercher s'il est possible d'y apporter des remèdes dans l'avenir et quels seront ces remèdes ; c'est ce que nous allons faire en étudiant la possibilité d'une réforme législative future et le sens qu'il faudra lui donner.

On sait que la société en participation n'est régie qu'en quelques mots par les articles 47 à 50 du Code de Commerce.

Le laconisme de cette réglementation est tel, que pendant longtemps, il a donné lieu à d'innombrables controverses ; certaines d'entre elles sont tranchées maintenant, quelques unes subsistent encore.

Pour mettre fin à toute incertitude, certains ont pensé qu'une réforme législative serait indispensable et qu'il fallait modifier les articles précités du Code de commerce, de telle sorte que leur précision ne permît plus aucun doute.

Tel a été l'avis de M. Poulle dans son traité paru en 1887, il avait indiqué les modifications et les éclaircissements à apporter à la réglementation de la participation ; élu sénateur depuis, étant l'auteur d'un traité qui fait toujours autorité en la matière, il était tout naturel qu'il en couronnât le succès par un projet de loi.

C'est l'étude et la critique de ce projet que nous aborderons avant d'indiquer les quelques réformes que nous jugeons utiles pour notre compte.

I

Le projet de M. Poulle a été déposé sur les bureaux du Sénat en octobre 1908 et a pour but : « *La modification des articles 47, 48, 49, 50 du Code de commerce concernant les associations en participation* (1). »

Relevons tout d'abord quelques phrases contenues dans l'exposé des motifs. Leur auteur distingue deux catégories de sociétés : « *La première comprend les sociétés réglementées par des textes précis, c'est à dire la société en nom collectif, la commandite et la*

(1) V. pour l'exposé des motifs et le projet de loi lui-même (*R. S.*, février 1909, 82).

société anonyme... A la seconde catégorie appartient la dernière société que mentionne le Code de commerce : nous voulons parler de l'association en participation, plus modeste que les autres sociétés énumérées jusqu'ici bien que très pratique aussi. » Très pratique, la participation peut l'être dans certains cas, et certainement les tenanciers de louches officines, les entrepreneurs de sociétés frauduleuses partageront l'avis de M. Poulle ! « *Mais autant le législateur s'est occupé des trois premières pour en déterminer nettement les caractères propres, les modes de formation et les effets, autant, en ce qui concerne la participation, il est resté dans le vague. Il se borne à en parler dans quatre articles très brefs et très obscurs, sans, du reste, relever aucun caractère qui soit spécial à cette quatrième espèce d'association, laissant aux particuliers le soin de la régler librement, et à la jurisprudence comme à la doctrine, la mission très délicate d'en déterminer les caractères et les effets.*

« *La participation a sa place bien marquée, aujourd'hui, à côté des autres modes d'association. Elle répond à des besoins particuliers que ne sauraient contenter ni la société en nom collectif, ni la commandite, ni la société anonyme.* » Elle n'existe cependant que sous la forme des deux premières de ces sociétés ! « *Plus simple dans sa formation, elle est très utilement employée quand l'urgence des opérations à entreprendre ne permet pas de recourir aux autres sociétés. Plus modeste dans son but, elle permet de mener à bonne fin des entreprises qui ne demandent qu'un effort momentané.* » Nous nous associons totalement à ces dernières observations, l'organisation simpliste de la participation lui interdit les vastes ambitions, mais, par contre, elle convient à

merveille aux opérations momentanées qui demandent à être traitées rapidement ; rappelons qu'elle ne devrait jamais être utilisée que dans ce dernier cas où seulement elle remplit son véritable rôle.

« *L'association en participation a pris, de nos jours une importance considérable, à raison même de la concurrence qui existe. Elle se présente comme un moyen excellent pour lutter avec succès contre la concurrence et soutenir certaines industries particulières.* » C'est encore, certainement, un des cas où fonctionne utilement la participation ; les dangers qu'elle présente habituellement n'existent pas ici, parce qu'elle est alors avant tout une société de personnes, qui se connaissent mutuellement et dont la confiance l'une pour l'autre a été le motif de leur association. Mais, M. Poulle ne nous parle pas de ces grandes entreprises générales, à durée illimitée, où les participants ne connaissent pas ou connaissent mal le gérant, constituées souvent avec parts bénéficiaires ; il se garde bien d'en faire l'apologie, et cependant il les autorise, sans tenir compte des manœuvres malhonnêtes qu'elles engendrent.

M. Poulle connaissait bien les solutions constantes de la jurisprudence, mais pour justifier son projet de loi, il ajoute : « *Sans doute, la jurisprudence a posé certaines règles qui peuvent servir de fils directeurs, mais leur fixité n'est pas absolue et cette jurisprudence n'est pas suffisamment assise pour éviter les difficultés, les contestations, les procès compliqués, qu'un texte de loi suffirait à écarter ou à rendre plus rares ou tout au moins à laisser d'une solution plus facile.* » Or, tout d'abord, il n'y a là qu'une fausse allégation, il suffit de feuilleter les grands périodiques de jurisprudence pour se convaincre que la jurisprudence est désormais fixée en matière de parti-

cipation ; mais, bien plus, M. Poulle ne fait que consacrer purement et simplement la jurisprudence, que consacrer ces mêmes règles à qui il reproche d'être une source de procès ; en outre, là où il n'est pas d'accord avec la jurisprudence, la fixité de cette dernière nous paraît infiniment préférable à celle de son projet de loi.

Ce dernier est ainsi conçu :

Article unique : les articles 47, 48, 49 et 50 du Code de commerce sont modifiés ainsi qu'il suit :

Nouvel article 47. La loi reconnaît les associations commerciales en participation. Les associations commerciales en participation sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, et elles ont lieu pour les objets, dans les formes avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants. La participation est occulte et n'est point révélée officiellement aux tiers. Elle n'est pas soumise aux mesures de publicité ni aux formalités prescrites pour les autres sociétés. Elle ne comporte nécessairement ni capital social, ni raison sociale, ni domicile particulier, chaque associé traite avec les tiers en son nom personnel. Elle ne constitue pas une personne morale.	Ancien article 47. Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît des associations commerciales en participation. Ancien article 48. Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants. Ancien article 50. Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

La comparaison entre ces trois articles nous édifie

déjà sur les modifications importantes apportées par M. Poulle. La première partie de son nouvel article n'est que la copie mots pour mots des anciens articles 47, 48 et 50. Ah ! il y a cependant une modification : M. Poulle a réuni en un seul article ce qui était contenu en trois.

Reste la deuxième partie de son article 47 : le besoin se faisait tout à fait sentir de proclamer que la participation était occulte et ne se révélait pas aux tiers, car pendant près d'un siècle, la jurisprudence s'était prononcée maintes et maintes fois en ce sens, et personne d'ailleurs ne songe même aujourd'hui à contester ces deux points.

D'ailleurs cet alinéa, en sa simplicité : n'est pas clair ou tout au moins n'est pas complet « *La participation n'est pas révélée officiellement aux tiers* », cela veut il dire *à contrario* que si elle n'est pas révélée *officiellement*, elle peut être révélée aux tiers d'une autre façon, par le fait de l'immixtion d'un associé, par exemple ?

En outre, nous savons que le fait de dire qu'une société occulte est dispensée de publicité n'est purement et simplement qu'un truïsme.

Répétons les mêmes observations en ce qui concerne la façon dont traite chaque associé, ce n'est qu'une consécration d'innombrables documents de jurisprudence.

Mais M. Poulle, ajoute : « *Elle ne comporte nécessairement, ni capital social, ni raison sociale, ni domicile particulier* » et plus loin « *Elle ne constitue pas une personne morale.* »

Cette dernière phrase constitue également une très grande modification, elle est la répétition de centaines d'arrêts, mais en outre, cette énonciation est très

malheureuse. D'une part, elle consacre *législativement* une théorie fausse et dont les conséquences sont injustes ; cette consécration est d'autant plus inhabile qu'elle intervient à un moment où tout un mouvement doctrinal se dessine pour faire disparaître l'antique théorie de la personnalité morale et que celle-ci ne résultait jusqu'alors d'*aucun* texte de loi. D'autre part, elle ne se comprend plus en face de la précédente. D'après le projet de loi, la participation *peut* comporter un capital social, une raison sociale, un domicile particulier ; mais alors ne constituera-t-elle pas précisément une personne morale quand elle se sera individualisée de ces trois façons. Doctrine et jurisprudence admettent qu'une des conséquences du défaut de personnalité est justement l'impossibilité d'avoir une raison sociale, un capital social, si on accorde cette possibilité à la participation où est la différence avec la personne morale ?

M. Mack prétend que c'est là, « retrancher les distinctions subtiles à l'aide desquelles on a parfois condamné comme irrégulières des sociétés qui étaient bien des participations, nullement destinées à tromper les tiers, mais qui avaient emprunté certains des caractères qui distinguent les sociétés opposables aux tiers (1) ».

Nous avouons ne pas saisir ; mettons de côté la bonne foi des fondateurs, et pour nous servir des expressions mêmes de M. Mack, il nous semble qu'une participation « *emprunte certains des caractères qui distinguent les sociétés opposables aux tiers* », lorsqu'elle comporte un capital social, une raison sociale et un siège social. Si M. Poulle admet la possibilité pour la participation

(1) V. *R. S.*, 1909, 49.

d'avoir les caractères qui distinguent les sociétés personnes morales, si, d'autre part, les sociétés continuent à être gouvernées par le principe de personnalité, nous ne comprenons plus du tout ; et M. Poulle admet cette possibilité lorsqu'il dit : « La participation ne comporte pas *nécessairement* un capital social, etc... », si elle ne comporte pas *nécessairement* ces caractères, elle *peut* les avoir ! Autant supprimer purement et simplement la participation ou dire qu'elle constitue une personne morale.

Outre une contradiction concernant la personnalité morale, le projet de loi dont s'agit risque de porter atteinte à la nature occulte de la participation.

L'auteur du projet de loi eut bien fait d'être plus clair et, pour arriver à ses fins, il n'aurait eu tout simplement qu'à supprimer la personnalité morale et à édicter « *qu'entre les parties* » la participation pouvait comporter un patrimoine d'affectation ; de la sorte, toute contradiction disparaissait, la participation était traitée comme les autres sociétés, dans une mesure compatible avec sa nature spéciale, elle n'était plus exposée à subir des injustices et son caractère occulte était sauvé !

Nouvel article 48. La participation peut être constatée par la représentation des livres, par la correspondance et par tous les moyens admis par la pratique commerciale. La preuve testimoniale est admise, si le tribunal juge qu'elle peut l'être, mais sans qu'il y ait jamais lieu de faire aucune distinction entre les tiers et les participants.	Ancien article 49. Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

Le nouvel article 48 n'est encore que la copie à peu de choses près de l'ancien article 49, seul le numéro est changé. On a ajouté cependant : « *Par tous les moyens admis par la pratique commerciale* (1). » Ce point n'a jamais été contesté, et là encore il n'y a qu'une simple consécration inutile de la jurisprudence. Il en est de même d'un autre membre de phrase : « *Sans qu'il y ait jamais lieu de faire de distinction entre les tiers et les participants...* (2)»

Quant à l'article 49, nous allons voir que, sauf sur un point, où d'ailleurs l'innovation est très malheureuse, s'il est œuvre personnelle en tant que rédaction, il est toujours la consécration d'une jurisprudence constante depuis de longues années, et dont le défaut de fixité que lui reproche l'auteur est purement imaginaire.

« Nouvel article 49. — *Chaque associé dans ses rapports avec ses coassociés est tenu d'exécuter ses engagements conformément à ce qui a été décidé au moment de la formation de la société.*

« *Le participant qui n'a pas la gestion de la participation a le droit de demander communication écrite du bilan et de vérifier son exactitude en compulsant les livres et les papiers. Pour des motifs graves les tribunaux peuvent, à la requête des participants, ordonner à tous moments la communication du bilan et d'autres renseignements ainsi que la production des livres et papiers.* »

Jusque là, rien de particulier, ce sont là des rapports entre associés soumis dans la participation aux mêmes règles que dans les autres sociétés ; depuis longtemps la

(1) V. *suprà*, p. 257.
(2) V. *suprà*, p. 259.

jurisprudence les régissait ainsi se basant sur les principes généraux, mais M. Poulle voulait innover, aussi décide-t-il que : « *Les participants peuvent convenir que leur mise leur donnera droit à des titres cessibles et négociables* ».

Nous ne savons si M. Poulle s'est borné à étudier la participation, « que nul bien assurément ne connaît mieux que lui ! » s'il faut en croire M. Mack (1), dans les manuels de droit et les traités généraux ; mais quant à nous, nous avons pris la peine de rechercher ce que pouvaient bien être exactement ces participations constituées avec émission d'actions. Les principes les condamnaient déjà formellement, la pratique nous révéla qu'elles n'étaient ni plus, ni moins qu'un instrument de *fraude* et d'*escroquerie* très cher aux aigrefins de la finance. Nous ne voulons pas revenir sur les observations que nous avons déjà faites : permettre à la participation de se constituer par actions, c'est violer les principes les plus absolus du caractère occulte de cette société, c'est faire de la loi de 1867 un texte chimérique et inutile, c'est, sinon autoriser, du moins faciliter légalement le vol ; voilà tout le mérite, en tant qu'innovation, du projet dont s'agit ; du moins, là, il ne consacre pas la jurisprudence, et cependant comme elle, il admet la personnalité morale sur laquelle les tribunaux se basent pour interdire à la participation d'émettre des titres négociables !

« *Les tiers n'ont aucun droit de préférence sur les biens qui composent l'actif de l'association en participation.*

« *Les participants ne peuvent être tenus en principe, ni*

(1) V. *R. S.*, février 1909, p. 82, l'article de M. Mack.

solidairement, ni directement, à raison des engagements passés avec les tiers par le gérant, lors même que l'affaire entreprise aurait tourné au profit des participants inactifs. Les participants sont cependant tenus solidairement et directement, lorsqu'ils l'ont déclaré expressément, lorsque les négociations ont été conclues au nom de tous les associés et par leur ordre, ou lorsqu'ils constituent un mandataire commun.

« *Lorsque la faillite du participant gérant ou propriétaire du fonds de commerce est déclarée, les participants inactifs peuvent produire en qualité de créanciers de la faillite, pour le montant de leur apport, autant que celui-ci dépasse la part de perte qui leur incombe, si l'apport n'a pas été versé, le participant devra le remettre à la masse jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes.* »

Là encore, la jurisprudence avait déduit ces conséquences des principes généraux qui régissent toute société ou de la personnalité morale ; était-il bien utile en les consacrant légalement, d'enfermer la participation en un moule, étroit puisque législatif, quand précisément elle peut être transformée selon la volonté des associés et que là réside d'après M. Poulle lui-même, le grand avantage de la participation ; pourquoi vouloir le supprimer ou sinon l'affaiblir ? En outre, nous protestons contre cette partie du projet de loi, car elle sanctionne une des conséquences de la théorie de la personnalité : le refus aux créanciers sociaux d'un droit de préférence sur le patrimoine social. Nous ne pouvons accepter l'application d'une théorie que nous estimons fausse.

« Art. 50. — *Les règles indiquées par la loi et suivies pour la dissolution des sociétés civiles s'appliquent aux associations commerciales en participation, en tant*

qu'elles ne sont pas contraires aux caractères constitutifs de la participation.

« *Après la dissolution de l'association, la liquidation en est faite, en principe, par l'associé gérant. Dès qu'elle est terminée, il rend compte de ses résultats, en mettant sous les yeux des intéressés tous les documents et pièces à l'appui.* »

Pourquoi les sociétés civiles interviennent-elles ici ? il est admis par la doctrine et la jurisprudence que les règles suivies pour la dissolution de la participation sont celles qui régissent toute société, dans la mesure où elles ne sont pas en contradiction avec le caractère occulte de la participation ; cela est fort compréhensible, la dissolution se passe entre associés, et entre associés, la participation diffère très peu des autres sociétés.

C'est d'ailleurs ce que signale M. Mack (1) ensuite de ses dithyrambes en l'honneur du nouveau projet. « Cette disposition, dit-il, en parlant de l'article 50, serait sans doute la conséquence de l'idée que les sociétés civiles, même constituées *en vue de partager le bénéfice qui pourra résulter de la mise en commun des apports* — pour parler le langage de l'article 1832 — ne seraient pas, d'après la loi, des personnes juridiques, fictives ou réelles, comme les sociétés commerciales, mais seraient soumises, en particulier pour les partages, à des règles toutes différentes. Est-ce bien ce qui résulte du rapprochement des articles 1872 et 1873 du Code civil et 18 du Code de commerce ? ou n'y a-t-il pas là une erreur, et la vérité n'est-elle pas, en droit pratique et quelque solution que l'on donne aux discussions doctrinales, *qu'entre les associés*, les règles du partage sont toujours celles qu'indiquent les articles

(1) V. *R. S.*, 1909, 49.

1872 et 1873 et que c'est seulement *vis à vis des tiers* que les associations en participation n'ont pas, comme société, d'existence légale et ne comportent par suite pour les associés que les obligations contractées en fait par chacun d'eux personnellement ? »

En somme, pour résumer le projet de M. Poulle et indiquer les innovations qu'il apporte, il suffit de signaler les trois *erreurs* principales qu'il contient : 1° celle signalée immédiatement à propos des règles de dissolution ; 2° l'autorisation accordée aux participations de créer des titres négociables ; 3° le fait, tout en refusant la personnalité morale à la participation, de lui accorder la possibilité d'en avoir tous les caractères (1).

Sur tous les autres points, le projet ne fait qu'appliquer la théorie de la personnalité, que consacrer les règles appliquées par la jurisprudence ; cela était-il bien utile ? cette consécration s'imposait-elle ? Nous avons eu la curiosité de le demander à ceux-là mêmes qui nous éclairèrent au cours de notre enquête, ils étaient placés mieux que personne pour connaître les imperfections d'une institution dont ils connaissent tous les dessous, ils étaient bien qualifiés pour apprécier l'utilité et la justesse des réformes qu'on voulait y apporter.

II

Parmi toutes les personnes que nous avons consultées, trois seulement, minorité infime, sont d'avis qu'une réglementation législative est désirable.

D'après l'une, elle serait très désirable pour mettre fin à l'imprécision dans laquelle sont actuellement les socié-

(1) V. l'art. 47 in fine au projet de M. Poulle.

tés en participation ; il en est de même pour une deuxième, car dans cette forme de société, nous disait-elle, on ne peut jamais savoir où l'on va, on ne peut jamais savoir si d'une part la société sera valable et ne sera pas annulée, si d'autre part la responsabilité de chaque participant est écartée ou comment elle est exactement délimitée.

Selon la troisième, une réglementation législative serait très utile également, mais les personnes qui usent de la participation en seraient-elles très satisfaites ? Cela est fort douteux et il est bien probable qu'elle serai détournée de sa destination primitive.

Mais d'après la *grande majorité* des directeurs de contentieux, avocats-conseils, administrateurs de sociétés, agréés ou notaires, une réforme législative est *tout à fait inutile* et même *nuisible*.

Sans doute, pensent certains, au fond, elle serait très désirable, mais à quoi servirait-elle ? Elle ne ferait que consacrer la jurisprudence et ne pourrait empêcher les innombrables escroqueries qui se cachent derrière à peu près toute participation de longue haleine constituée on non par émission d'actions.

Pour la plupart, une réglementation législative n'est même pas désirable, ce n'est pas la législation des sociétés anonymes qui empêche celles-ci de prêter parfois leur concours à de vastes escroqueries ; il faut même l'écarter par principe, déclarent certains, comme toute intervention étatiste ; d'ailleurs, pensent à peu près tous, il serait déplorable d'enserrer en des règles trop étroites, une institution dont, précisément, la souplesse est un des plus grands et des rares avantages.

La note juste paraît nous avoir été donnée en ces termes par le directeur d'un cabinet d'affaires minières :

« *La nécessité d'une réglementation ne se fait pas sentir ; à vrai dire, cette réglementation est impossible. La participation réglementée autrement que par les principes généraux qui font le droit commun en matière de société, constituerait un type nouveau de société nommée rentrant dans l'une des deux catégories, personnes ou capitaux.*

« *C'est ce qui, en fait, se produit pour des sociétés originairement en participation ou qualifiées telles, qui sont devenues de véritables sociétés de capitaux, auxquelles soit des lois spéciales, (tontines ou autres), soit la jurisprudence, lorsqu'elles se sont publiées en la forme commerciale, ont consenti la personnalité juridique* ».

Devons-nous partager en tous points les avis précédents des praticiens, devons-nous nous prononcer pour le statu quo intégral qu'ils proposent ?

Si oui, nous n'aurons fait qu'une œuvre purement spéculative, sans aucune portée pratique; les inconvénients que nous avons signalés en cours de route resteront sans remède ; était-il bien utile alors de se demander en commençant notre conclusion si on ne pouvait les supprimer et de quelle façon il fallait le faire, était-il bien utile, en somme, d'écrire ces dernières pages ?

Certainement, aussi ne partageons-nous l'opinion des personnes que nous avons consultées que dans une certaine mesure.

Comme elles, nous pensons que la consécration légale de la jurisprudence ne servirait *pas à grand chose* et qu'elle peut même être *dangereuse* ; mais d'autre part, il existe dans la participation des inconvénients qu'il faut supprimer, et pour le faire une réforme s'impose.

Le principal et même le seul avantage légal de la participation réside dans la liberté de sa constitution qui

en fait une société très souple, d'un mode de formation très rapide, peu dispendieux et très simple, aussi proposons-nous de laisser intacts les articles 48 et 49 du Code de commerce qui favorisent la libre utilisation de ces caractères.

La jurisprudence interprète ces articles d'une façon très juste ; elle n'est pas le moins du monde incertaine à cet égard, elle est maintenant *fixée* sur les problèmes qu'ont pu soulever ces articles ; il serait inutile et même dangereux, de consacrer législativement ses solutions, ce serait assujettir la participation à des règles trop précises qui lui enlèveraient sa véritable raison d'être : la grande liberté de sa constitution, si précieuse pour traiter les opérations momentanées.

Sur ce point, nous partageons absolument la façon de penser des hommes d'affaires, mais cette même liberté peut engendrer des conséquences mauvaises, il y a des cas où il faudra la restreindre : elle ne peut jouer un rôle *utile que* lorsque la société sera faite pour une *courte durée*, sinon l'avantage se transforme en inconvénient ; nous proposons donc une réforme nouvelle : *la limitation de la durée des sociétés en participation*, telle est, selon nous, la grande portée pratique et le résultat le plus important de cet ouvrage. Quel serait le quantum de cette limitation ? Nous ne pouvons l'étudier ici, nous nous contentons simplement de poser le principe qui nous semble être une *innovation véritable* et d'une importance capitale. Le législateur n'aurait pour rechercher ce quantum qu'à approfondir davantage l'enquête que nous avons commencée. Il dispose encore d'autres moyens que nous ; une statistique, où seraient comparées les diverses participations et les résultats de chacune d'elles permettrait peut-être de fixer cette limitation ; toute

participation ne pourrait être faite pour une durée excédant *cinq années*, par exemple.

Mais nous répétons que nous n'avons pas à entrer dans de semblables détails, il nous semble avoir apporté pour notre part un tribut assez sérieux à la réforme future par le *seul fait* d'en avoir posé *le principe*.

Il faudrait alors adjoindre au Code de commerce un autre article qui pourrait être ainsi conçu : « *Les sociétés en participation ont pour caractéristique d'être occultes, elles ne pourront être faites pour une durée excédant cinq ans.* »

Cet article remplacerait l'article 50.

La première partie ne serait pas évidemment une modification, la nécessité s'en imposait quand même, puisque le législateur n'avait pas parlé, il était tout de même bon, il n'était pas nuisible en tout cas de parler pour lui.

En outre c'était, en supprimant l'article 50, dissiper le malentendu qu'il créait en laissant croire qu'il n'était qu'une faveur du législateur ; la simple affirmation de la clandestinité de la participation est plus précise, on en déduit infailliblement que non seulement comme le dit l'article 50 : « Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés », mais qu'il leur est interdit de se soumettre à ces formalités et qu'elles ne sont plus des participations dès qu'elles le font.

D'autre part, malgré les raisonnements qui permettent d'arriver à cette solution, il serait bon pour mettre définitivement fin aux agissements de certains financiers ou hommes d'affaires de déclarer : « *Il est interdit aux sociétés en participation de créer tous titres négociables, soit pour leur constitution, soit après leur formation.* »

Enfin, il est une dernière réforme que nous proposons, très importante elle aussi et dont les conséquences seront capitales, c'est l'établissement d'une égalité entre la société en participation et les autres sociétés dans tous les cas où cette égalité est compatible avec la nature occulte de la participation, dans tous les cas où les différences qui existent actuellement entre elle et les autres sociétés n'ont d'autre source que la théorie de la personnalité morale.

Nous avons montré quelles étaient ces différences soit à propos du gage des créanciers, de la nature du droit de l'associé, du droit fiscal, etc... nous n'avons pas à y revenir maintenant.

Mais cette réforme en implique une autre, englobant toutes les autres sociétés, que de nombreux auteurs ont déjà réclamée avant nous ; cette modification que nous demandons n'est au fond qu'une des conséquences de cette principale réforme, à savoir : *la suppression de la théorie de la personnalité civile et son remplacement par celle d'affectation spéciale du patrimoine.*

Tels sont les trois points qui nous paraissent nécessiter une réglementation nouvelle : 1° *l'interdiction à la participation de créer des actions* ; 2° *son assujettissement et celui des autres sociétés à la théorie du patrimoine d'affectation* ; 3° *la limitation de sa durée.*

La jurisprudence a devancé le législateur sur le premier point, ce dernier n'a plus qu'à consacrer ses solutions, elle ne saurait le faire pour le troisième, le peut-elle pour le second ?

Nous le croyons, parce que la théorie de la personnalité morale n'est consacrée par aucun texte ; tout en adressant notre supplique au législateur nous demandons à la jurisprudence de revenir sur ses anciens errements et de remplacer une fausse fiction par une théorie

exacte. Il ne faut pas exagérer en droit, et surtout en droit commercial, l'importance d'une réglementation législative ; il est un cliché dont on a tiré déjà des milliers d'épreuves et d'après lequel l'absence de toute loi vaut mieux que les lois contemporaines ; nous n'accordons au législateur qu'une confiance très limitée, et pour que notre demande ait moins de chances de rester vaine, nous faisons également appel à la jurisprudence.

Le rôle de celle-ci prend de plus en plus d'importance à l'heure actuelle, c'est à elle, par des interprétations habiles en même temps que logiques à faire les réformes dont d'autres n'ont pas souci ; d'ailleurs, ses décisions ne constituent-elles pas un Code auquel on se réfère dans la pratique, au barreau, plus volontiers qu'aux sources mêmes des principes ?

Ce peut être un bien, ce peut être un mal, mais la jurisprudence a du moins sur le Code légal la supériorité de n'être pas comme lui immuable et de pouvoir s'adapter aux besoins économiques dont l'évolution est incessante. Puisse-t-elle écouter nos revendications et y faire droit ! Sans doute nous ne gardons aucune illusion, elle ira très lentement, mais bien téméraire serait de prétendre que le législateur irait plus vite qu'elle si, par une fantaisie paradoxale, on confiait la réforme à tous deux !

Vu : Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,
E. Bailly.

E. Bailly.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,
E. Boirac.

ERRATA

Page 27, ligne 13, *lire* : patriciens, *au lieu de* : praticiens.
— 35, — 12, — possédant un capital, *au lieu de* : possédant du capital.
Page 39, ligne 13. *lire* : à faire, *au lieu de* : affaire.
— 41, — 22, — ou bien, *au lieu de* : où bien.
— 43, — 25, — associés, *au lieu de* : associée.
— 57, — 11, — à faire, *au lieu de* : affaire.
— 76, — 12, — sa qualification, *au lieu de* : la qualifi, cation.
Page 99, note 2, *lire* : Fuzier-Hermann, *au lieu de* : Fuzier Hermann.
Page 101, note 1, *lire* : Persil, Des sociétés commerciales, *au lieu de* : Persil des sociétés commerciales.
Page 126, ligne 23, *lire* : au fond, *au lieu de* : au fonds.
— 178, — 9, — participation à forme, *au lieu de* : participation forme.
Page 188, ligne 1, *lire* : règles de fond, *au lieu de* : règles de fonds.
Page 188, ligne 5, *lire* : Section I, Règles de fond, *au lieu de* : Section I, Règles de fonds.
Page 195, ligne 16, *lire* : souscription, *au lieu de* : inscription.
— 199, — 1, — pluralité, *au lieu de* : pluralités.
— 225, — 22, — fonds, *au lieu de* : fond.
— 227, — 21, — exigées, *au lieu de* : exigés.
— 250, — 22, — nom, *au lieu de* : non
— 277, — 15, — opération, *au lieu de* : opérations.
— 306, — 18, — publique, *au lieu de* : publiques.
— 314, note 4, in fine, *lire* : comme croupier en sous ordre, *au lieu de* : comme croupier. n° 360; de Pelsmæker, en sous ordre.
Page 336, ligne 23, *lire* : considérations économiques, elle devait, *au lieu de* : considérations économiques ; elle devait.
Pages 342, ligne 7, *lire* : juridique, *au lieu de* : juridiques.
— 352, note 1, — Planiol, *au lieu de* : Planiel.
— 355, lignes 10, 16, 22, 24, note 2, *lire* : 7 fr. 50, *au lieu de* : 7 fr. 50 0/0.
Pages 356, ligne 8, *lire* : 7 fr. 50, *au lieu de* : 7 fr. 50 0/0.
— 364, ligne 27, — au droit fiscal, *au lieu de* : en droit fiscal.
— 397, — 11, — serait, *au lieu de* : serai.
— 399, — 27, — tels sont, *au lieu de* : telle est.
— 411, dernière ligne, *lire* : 7 fr. 50, *au lieu de* : 7 fr. 50 0/0.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE v
INTRODUCTION. 3

PREMIÈRE PARTIE

Etude historique de la société en participation

SECTION I. — PRÉLIMINAIRES ET DROIT ROMAIN . . . 22
SECTION II. — ORIGINE DE LA PARTICIPATION FRANÇAISE.
ANCIEN DROIT ITALIEN 29
A. — Rapports juridiques précurseurs de la Commande 29
B. — La Commande 31
C. — Participatio et accomandita 34
D. — La Participation en Italie au XVI^e siècle . . 37
SECTION III. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS 40
§ 1. — *La participation du X^e au XVII^e siècle.* . 40
A. — Évolution de la Participation en France du X^e au XVII^e siècle 40
B. — Le caractère occulte de la Commande . . 42
C. — La Participation avant l'ordonnance de 1673 44
§ 2. — *Ce qu'elle était au XVII^e siècle* 46
A. — La participation et l'ordonnance de 1673 . 46
B. — Commandite-participation et Commandite-société. 49
C. — Y a-t-il un criterium entre elles ?. . . . 53
D. — Caractères de la Participation au XVII^e siècle 59
SECTION IV. — RÉGIME DU CODE DE COMMERCE DE 1808 . 61

DEUXIÈME PARTIE

Nature et caractères distinctifs de la société en participation

SECTION I. — LA PARTICIPATION EST OCCULTE. CONSÉQUENCES 67
A. — Le gérant est seul créancier ou débiteur vis à vis des tiers 73
B. — La Participation ne peut avoir de raison sociale . 74
C. — La Participation ne peut avoir de siège social . 76
D. — La Participation ne peut être une personne morale 77
E. — La Participation et la publicité 78
SECTION II. — ENTRE ASSOCIÉS, ELLE SE RÉDUIT A UN COMPTE DE PROFITS ET PERTES 81
SECTION III. — EST-ELLE UNE VÉRITABLE SOCIÉTÉ ? . . . 84
§ 1. — *Position de la question* 84
A. — Intérêt de la question. 84
B. — La tradition. 86
C. — Travaux préparatoires du Code de commerce de 1808 86
§ 2. — *La Participation et l'article 1832 du Code civil* 90
A. — Contribution aux bénéfices et aux pertes . 91
B. — But commun 92
C. — Fonds commun 92
SECTION IV. — LA PERSONNALITÉ MORALE ET LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION 96
§ 1. — *Critique de la théorie de la personne morale* 96
I. La Participation est-elle une personne morale? 97
A. — Intérêt de la question 98
B. — Etat de la doctrine sur la question. . . . 99
II. Rejet de la théorie de la personne morale et ses conséquences pour la Participation . . . 103
III. Critique de la notion de personne morale. . 107
A. — La tradition du moyen âge 108

B. — Dernière époque du droit coutumier . . 110
C. — La Commandite dans l'ancien droit et la personnalité morale. 111
§ 2. — *La théorie du patrimoine d'affectation appliquée à la Participation* 114
A. — Droit de préférence des créanciers . . . 114
B. — Compensation entre les dettes sociales et les dettes personnelles des associés 120
C. — Caractère mobilier du droit social . . . 121
D. — Possibilité d'ester en justice 124
E. — Responsabilité limitée des associés . . . 125
SECTION V. — LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION COMPARÉE A D'AUTRES CONTRATS 126
§ 1. — *Comparaison avec les autres sociétés* . . 126
§ 2. — *Comparaison avec des contrats analogues* 128
§ 3. — *Prêt avec participation aux bénéfices et Participation* 131
A. — Intérêt de la distinction. 133
B. — Criterium 134
SECTION VI. — ENQUÊTE PRATIQUE 140
§ 1. — *La Participation en Province* 142
§ 2. — *La Participation à Paris* 147
I. Sa fréquence 151
II. Ses causes 154
A. — Pour les lanceurs d'affaires 155
B. — Pour les capitalistes souscripteurs. . . 157
III. Est-elle surtout une société d'études ? . . . 163
IV. La Participation et les petites entreprises . . 164
V. Les Participations par actions 165
VI. Du véritable rôle de la Participation . . . 165
A. — Son véritable rôle est d'être momentanée 166
B. — La Participation à longue durée . . . 168
C. — Les Participations comportant des titres négociables 170
D. — La Jurisprudence et les fausses Participations. 177
VII. Réglementation législative 179
VIII. Statuts 179
Conclusion 184

TROISIÈME PARTIE

Constitution et preuve de la Participation

CHAPITRE PREMIER

Constitution 187

SECTION I. — RÈGLES DE FOND. 188
§ 1. — *Des syndicats d'émission* 189
A. — Formation et organisation 190
B. — Objet licite 194
§ 2. — *Des syndicats de producteurs et des comptoirs* 197
A. — Syndicats de producteurs 198
B. — Comptoirs de vente 199
SECTION. II. — RÈGLES DE FORME. LES TITRES NÉGOCIABLES ET LA PARTICIPATION 204
§ 1. — *Jurisprudence* 205
I. Conditions de la validité des parts d'intérêts . 205
II. Actions et parts bénéficiaires 207
A. — Etude des solutions de jurisprudence. . 207
B. — Parts bénéficiaires. 209
C. — Actions 214
§ 2. — *Théorie doctrinale autorisant les participations à émettre des titres négociables* . . . 216
I. Émission postérieure à la constitution . . . 218
II. Constitution par émission. 221
III. La Participation peut comporter des actions . 223
A. — L'associé peut céder ses droits 225
B. — Cette cession n'est pas illusoire. . . . 226
C. — Tout le monde peut émettre des titres . 227
§ 3. — *Doctrine contraire* 231
I. Réfutation de la théorie jurisprudentielle . . 235
A. — Critique 235
B. — L'émission n'est pas un fait purement matériel 236
II. Ce que sont les participations avec titres . . 238

III. Nature et sort de l'émission faite par une participation 240
§ 4. — *Conclusion personnelle* 241
I. Partie critique. 245
A. — Jurisprudence 245
B. — Théorie de M. Wahl 247
II. Position de la question. 250
A. — Nature spéciale des titres négociables. Nature de la Participation 250
B. — But de la loi de 1867. 253

CHAPITRE DEUXIÈME

Preuve de la société en participation 258

QUATRIÈME PARTIE

Fonctionnement de la participation

CHAPITRE PREMIER

Vie intérieure de la participation

Section I. — Administration du gérant 264
Section II. — Rapports des associés entre eux. . . 269
§ 1. — *Rapports concernant les apports, les remboursements et les risques. Propriété des apports* 269
I. Dette des intérêts par un associé 270
II. Propriété des apports 272
A. — Doctrine 275
B. — Jurisprudence 278
C. — Théorie de M. Bonnecasse 285
D. — Opinion personnelle 287
III. Remboursements. 292
IV. Risques 293
§ 2. — *Rapports concernant la répartition des gains et des pertes* 293

§ 3. — *Des sous-participations et du droit de céder la part sociale.* 297

CHAPITRE DEUXIÈME

Rapports du gérant et des associés avec les tiers

A. — Absence du droit de gage des créanciers sociaux 301
B. — Absence d'action directe des tiers contre les associés 303
C. — Cas exceptionnels d'action directe 304
D. — Action du coparticipant traitant ou du gérant contre les tiers. 307

CINQUIÈME PARTIE

Disparition de la participation et ses conséquences

Section I. — Disparition 309
§ 1. — *Dissolution* 309
I. Causes de dissolution qui agissent *de plano* . . 309
II. Causes de dissolution facultatives 315
III. Causes de dissolution judiciaires 315
§ 2. — *Nullité*. 316
§ 3. — *Résiliation* 316
Section II. — Conséquences. 316
§ 1. — *Liquidation* 316
§ 2. — *Partage* 320
Appendice. — De la compétence 322

SIXIÈME PARTIE

Droit fiscal

CHAPITRE PREMIER

Droits d'enregistrement

SECTION I. — LE DROIT DE 0 FR. 20 0/0 FRAPPE-T-IL LA PARTICIPATION? 327
§ 1. — *Participation normale* 327
I. Exposé de la question 329
A. — Législation 329
B. — Jurisprudence 331
C. — Doctrine 332
II. Conclusion personnelle 334
A. — Le droit de 0 fr. 20 0/0 et le droit de mutation 334
B. — Comment expliquer l'exemption du droit de mutation ? 335
C. — Fondement du droit de 0 fr. 20 0/0 . . . 336
D. — La participation est soumise au droit de 0 fr. 20 0/0 337
§ 2. — *Cas spéciaux de participation* 338
A. — Apport d'industrie. 338
B. — Participations syndicales 340
§ 3. — *Sous participations* 343
§ 4. — *Apports à titre onéreux* 344
SECTION II. — TRANSMISSION DES BIENS FAISANT PARTIE DE LA SOCIÉTÉ 345
§ 1. — *Transmission en cours de société* 345
A. — Transmission des biens 346
B. — Cession des droits sociaux 346
§ 2. — *Transmission par décès* 352
SECTION III. — DISSOLUTION 355
§ 1. — *Droits sur l'acte de dissolution.* 355
I. Droit de 7 fr. 50 0/0. 355

II. Droit de 0 fr. 20 0/0. Partage 357
A. — Apports 357
B. — Bénéfices disponibles 359
C. — Acquisitions 359
III. Droit de soulte 361
IV. Droit de vente. 361

CHAPITRE DEUXIÈME

Taxes sur les sociétés

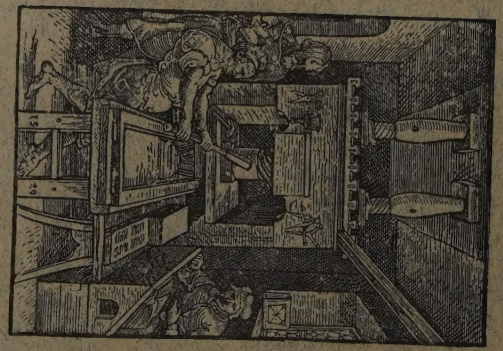
§ 1. — *Transmission des titres* 367
§ 2. — *Droit de timbre.* 371
§ 3. — *Taxe sur le revenu* 373
A. Jurisprudence. Administration. 374
B. — Doctrine 377
C. — Opinion personnelle 381

CONCLUSION GÉNÉRALE

I. Critique du projet de M. Poulle 385
II. Réformes à faire 396
Errata 403

DIJON, IMPRIMERIE DARANTIERE.

IESPERE



EN MON TRAVAIL